بسم الله الرحمن الرحيم

عمادة الدراسات العليا

جامعة آل البيت

كلية القانون

جامعة آل البيت

رسالة بعنوان

خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

(دراسة مقارنة)

Letter of Guarantee in the Contracts of Transferring

(A Comparative Study)

إعداد الطالب

خيري علي حسين الجبوري

((١٣٢٠٢٠٠٠٤٣))

باشراف الدكتور

عمر فلاح بخيت العطين

قدمت هذه الرسالة استكمالا للحصول على درجة الماجستير في القانون

عمادة الدراسات العليا

جامعة آل البيت

٢٠١٥



﴿قَالُواْ نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَن جَآءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَاْ بِهِ زَعِيمٌ﴾

((سورة يوسف آية :٧٢))



تفويض

أنا **خيري علي حسين الجبوري** ، أفوض جامعة آل البيت بتزويد نسخ من رسالتي للمكتبات أو المؤسسات أو الهيئات أو الأشخاص عند طلبهم حسب التعليمات النافذة في الجامعة.

التوقيع:

التاريخ: / / ٢٠١٥

إقرار والتزام

أنا الطالب: خيري علي حسين الجبوري **الرقم الجامعي : ١٣٢٠٢٠٠٠٤٣**
التخصص: قانون خاص **الكلية : القانون**

أعلن بأنني قد التزمت بقوانين جامعة آل البيت وأنظمتها وتعليماتها وقراراتها السارية المفعول المتعلقة بإعداد رسائل الماجستير والدكتوراه عندما قمت شخصيا بإعداد رسالتي بعنوان:

خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

(دراسة مقارنة)

وذلك بما ينسجم مع الأمانة العلمية المتعارف عليها في كتابة الرسائل والاطاريح العلمية، كما أنني أعلن بان رسالتي هذه غير منقولة أو مستلة من رسائل أو أطاريح أو كتب أو أبحاث أو أي منشورات علمية تم نشرها أو تخزينها في أي وسيلة إعلامية، وتأسيسا على ما تقدم فإنني أتحمل المسؤولية بأنواعها كافة فيما لو تبين غير ذلك بما فيه حق مجلس العمداء في جامعة آل البيت بإلغاء قرار منحي الدرجة العلمية التي حصلت عليها وسحب شهادة التخرج مني بعد صدورها دون أن يكون لي أي حق في التظلم أو الاعتراض أو الطعن بأي صورة كانت في القرار الصادر عن مجلس العمداء بهذا الصدد.

توقيع الطالب:....................... **التاريخ: / /٢٠١٥**

قرار لجنة المناقشة

عمادة الدراسات العليا

جامعة آل البيت

نوقشت هذه الرسالة

خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

(دراسة مقارنة)

Letter of Guarantee in the Contracts of Transferring Technology

(A Comparative study)

إعداد الطالب

خيري علي حسين الجبوري

إشراف الدكتور

عمر فلاح بخيت العطين

لجنة المناقشة	التوقيع
١. د. عمرفلاح العطين،مشرفاً ورئيساً	....
٢. د. رمزي ماضي ،عضواً	....
٣. د. عبد الله خالد السوفاني ،عضواً	....
٤. د. مؤيد عبيدات،عضواً خارجياً	....

أجيزت بتاريخ / ٧ /٢٠١٥



إلى... من نـزلت عليه كلمة اقرأ معلمنا وملهمنا الأول (سيدي رسول الله)

صلى الله عليه وسلم

إلى ... من كلّت أنـامله ليقدم و حصد الأشواك عن دربـي ليمهد لي طريق

العلم

إلى... الروح الطاهرة (والدي رحمك الله وطيب ثراك)

إلى ...من كان دعائها سر نـجاحي وحنـانـها بـلسم جراحي إلى (أمي الحبـيبـة)

إلى ... أمل المستـقبـل (أولادي الأعزاء)

الى ...كل من ساهم ومد يـد العون لي(أصدقائي)

إلى ...جميـع من أعـانـنـي لإخراج هذه الرسالة الى حيز الوجود

اهديـهم هذا الجهد المتـواضع .

الباحـث

شكر وعرفان

بسم الله والحمد والشكر لله رب العالمين وأصلي وأسلم على رسول الله أفضل الصلاة وأتم التسليم أما بعد : يشرفني وقد وفقني الله لإنجاز هذا العمل أن أتقدم بوافر الشكر وعظيم الامتنان والتقدير إلى أستاذي الفاضل **الدكتورعمر فلاح بخيت العطين** الأستاذ المشارك في القانون التجاري ونائب العميد في كلية القانون بجامعة آل البيت لقبوله الإشراف على هذه الرسالة وتعهدني بتقديم النصيحة والمشورة رغم مشاغله الكثيرة.. فجزاه الله تعالى عني خير الجزاء ومتعه بموفور الصحة والعافية.

كما يشرفني أن أتقدم بخالص شكري وعرفاني وتقديري **إلى لجنة المناقشة (الدكتور رمزي ماضي والدكتور عبد الله السوفاني و الدكتور مؤيد عبيدات)**،لتحملهم عناء قراءة هذه الرسالة رغم مشاغلهم الكثيرة وأعبائهم الجسام .. فلهم مني كل الشكر والامتنان وجزآهم الله تعالى خير الجزاء ومتعهم بموفور الصحة والعافية.

والشكر.. موصول **للمملكة الأردنية الهاشمية** وشعبها العربي المضياف لما لقيته من رعاية ومحبة طوال سنوات إقامتي.

وأكبر الشكر .. **لبلدي الغالي العراق** الذي تكبد نفقات دراستي وإقامتي في الأردن راجياً الله سبحانه وتعالى أن يوفقني في رد بعضٍ من أفضاله علي .. إن شاء الله تعالى .

الباحث

قائمة المحتويات

خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا : دراسة مقارنة

إعداد الطالب

خيري علي حسين الجبوري

إشراف الدكتور

عمر فلاح العطين

الملخص

تلعب البنوك دوراً هاماً بمنح الثقة للمستورد في عقود نقل التكنولوجيا من خلال خطابات الضمان التي تعد أحد العمليات المصرفية الرئيسية والتي يتم تنظيم أحكامها بالقواعد القانونية والأعراف المصرفية فهي معاملة ضرورية في مجال التجارة سواء على الصعيد المحلي أو على الصعيد الدولي .

تهدف هذه الدراسة إلى بسط مفهوم خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا فهو تعهد من البنك بناءاً على طلب المستورد لصالح المورد بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين في مدة زمنية محددة دون معارضة المستورد ، وإن التشريعات التجارية والعرف المصرفي أحاطت خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بخصائص تجعله نوعاً جديداً من الضمان مختلفاً عن العقود مما جعل طبيعة خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا تختلف عن طبيعة الضمانات الاخرى وتعددت خطابات الضمان في عقود نقل التكنولوجيا وتنوعت بحسب أغراضها المتعددة واختلفت باختلاف الغرض الذي تصدر من أجله مما نجم عنها العديد من الآثار القانونية والالتزامات المتبادلة بين أطرافه ، وأخيراً خلصنا إلى انقضاء خطاب الضمان وأثاره في عقود نقل التكنولوجيا ولقلة الإحكام التشريعية التي اهتمت بخطاب الضمان وعدم تنظيم المشرع الأردني له ، لذلك يجب دعوته إلى أن يحذو حذو التشريعات العربية محل الدراسة لإصدار تشريع في خطاب الضمان ضمن قانون التجارة الأردني .

المقدمة

تحظى خطابات الضمان في عقود نقل التكنولوجيا باهمية كبيرة في الوقت الحاضر على الصعيدين القانوني والتجاري من خلال ما تؤديه من وظائف اقتصادية كونها اداة وفاء تقوم مقام النقود ، حيث تكون عقود التجارة الخارجية وعلى رأسها عقود نقل التكنولوجيا مؤجلة الدفع في الغالب لأن التجارة الدولية تعتمد في زيادة كمية الصفقات التجارية على خطابات الضمان بل هي لا تنشط إلا عن طريقها ، الأمر الذي يضفي عليها دعماً وحيوية ويمدها بأسباب الانتشار والديمومة فالتجارة كما هو معروف تقوم على الثقة والضمان بالدرجة الأولى ، ولا يحقق هذه الثقة الا البنوك من خلال ماتقدمه من خدمات مصرفية وذلك بإصدارها خطابات ضمان في هذا الشأن .

وقد بات معروفاً في عقود نقل التكنولوجيا أن يقوم المورد بمنح المستورد أجلاً لدفع ثمن عناصر التكنولوجيا ، كما إن الضمان كأسلوب مستخدم في أتمام الصفقات التجارية يمتد بجذوره عبر الماضي امتداد للعملية التجارية نفسها ، واكبها وتزامن معها نمواً وانتشاراً ، حيث أن عملية أصدار خطابات الضمان جاءت في حقيقة الأمر لتستجيب بصفة خاصة لضرورات التجارة الدولية وعقود نقل التكنولوجيا.

وتعتبر خطابات الضمان في عقود نقل التكنولوجيا من العمليات المربحة للبنوك ، كما إنها تشكل التزاماً مهمة يقع على عاتقها ، قد يصل إلى خسارتها بشكل كبير إذا اعطيت إلى المستوردين ليسوا بأكفاء ، أو بدون إجراء الدراسة اللازمة قبل أن تقوم بإصدارها ، لذلك إزداد البحث في الخطابات من قبل رجال الفقه والقانون ، لتعرف عليها وعلى طبيعتها القانونية ، فنشأت عدة نظريات لتحديد الطبيعة القانونية لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا .

ونظراً لاختلاف هذه النظريات عن بعضها وللأهمية التي يترتب على تكييف خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ومدى تأثيرها على واقع الحياة التجارية ، حرصت البنوك على مسايرة التحديات التجارية وتطورات حجم النشاط التجاري الاقتصادي ، حتى لا تتخلف عن مواكبة العصر الحالي ، واجتهدت البنوك الى التخلص من أي شائبة تشوب معاملاتها ، وفي الوقت نفسه تحقق الاهداف الاقتصادية للاقتصاد القومي وذلك من خلال عقود نقل التكنولوجيا سواء للمودعين أو للشركات العاملة في مجالات التجارة الخارجية ، والتي تستثمر أموالها في بقية أوجه النشاط الاقتصادي .

مشكلة الدراسة

يتم إصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا دون النظر الى طبيعته القانونية ، من هنا فأن مشكلة الدراسة تدور حول ماهي طبيعة خطاب الضمان القانونية في عقود نقل التكنولوجيا ؟

عناصر الدارسة

تتمثل عناصر الدراسة في مجموعة الاسئلة التالية :-

١. هاهو التطور التاريخي لخطاب الضمان وأهميته في عقود نقل التكنولوجيا ؟
٢. متى نشأ وظهر خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ؟
٣. ماهي أهمية خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ؟
٤. ماهو خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، وماهي أهم خصائصه ؟
٥. ماهي طبيعة خطاب الضمان القانونية في عقود نقل التكنولوجيا ؟
٦. ماهي أنواع خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ؟
٧. ماهي أهم الآثار المترتبة على خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ؟

فرضيات الدراسة

تنطلق هذه الدراسة من بعض الفرضيات التالية وهي : -

١. هل تعتبر خطابات الضمان في عقود نقل التكنولوجيا مهمة في عقود نقل التكنولوجيا
٢. هل توجود علاقة بين خطاب الضمان وعقد نقل التكنولوجيا ؟
٣. هل نظم المشرع الأردني خطابات الضمان في عقود نقل التكنولوجيا؟
٤. هل تعد شخصية المورد في خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا محل اعتبار لدى البنك؟
٥. هل اختلفت النظريات التي ذهبت إلى تكييف خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ؟
٦. هل تتنوع خطابات الضمان في عقود نقل التكنولوجيا؟
٧. هل هنالك آثار قانونية لخطاب الضمان في عقو نقل التكنولوجيا ؟

أهداف الدراسة

تهدف الدراسة الى أبراز طبيعة خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا في التشريعات القانونية والاحكام القضائية ، من خلال الوقوف على مفهوم خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا من حيث خصائصه وأنواعه ، ومعرفة طبيعته وطرق انقضاءه والآثارالمترتبة عليه .

أهمية الدراسة

خطاب الضمان من أهم الأدوات المستخدمة لتوفير الثقة بين أطراف عقود نقل التكنولوجيا ويساهم في تحقيق قدر من الاطمئنان والأمان على تدفق المعاملات التجارية بالاضافة الى تشجيع الاستثمار في المجتمع ، ولاشك ان التجارة الدولية لا تستطيع تجاهل اداة هامة من أدوات الضمان في دفع وتنشيط حركة المعاملات التجارية من خلال عقود نقل التكنولوجيا إذ يحل محل التأمين النقدي ، الامر الذي يدعونا الى البحث عن الطبيعة القانونية لهذه الخطابات لتحقيق تلك المزايا الهامة.

الدراسات السابقة

هناك العديد من الدراسات السابقة التي تناولت خطاب الضمان المصرفي ، ولكن جميع هذه الدراسات قامت ببحث خطاب الضمان بشكل عام ، على خلاف دارستنا التي جاءت بشكل خاص بدراسة موضوع خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا وهي التي تمييزها عن جميع الدراسات السابقة ، فنذكر من الدراسات السابقة مثلاً : -

١. أبو صد ، عماد أحمد عيسى (١٩٩٥) ، أحكام خطابات الضمان المصرفية ، رسالة ماجستير غير منشورة كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية ، عمان ، الأردن .

تتناول هذه الدراسة بالبحث أحكام خطاب الضمان المصرفي ، حيث جاءت في فصل تمهيدي تم تخصيصه للتعريف عن خطاب الضمان وبيان خصائصه ، وفصل ثاني بحث فيه الالتزامات التعاقدية في عملية اصدار خطاب الضمان ، وفصل ثاني تم تخصيصه لانقضاء خطاب الضمان وأحكامه بالنسبة للغير ، أعتمد الباحث على الجانب القانوني بالاضافة الى الشكل العام الذي تم البحث فيه ، في حين اتجهت دراستنا بشكل خاص عن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا .

٢. القرم ، سليمان أحمد (٢٠٠٤) ، خطاب الضمان في المصارف الاسلامية ، رسالة ماجستير غير منشورة ، كلية الدراسات العليا الفقه والتشريع ، جامعة النجاح الوطنية ، نابس ، فلسطين .

تناولت هذه الدراسة خطاب الضمان في المصارف الاسلامية من خلال عدة فصول ، بحثت

خطاب الضمان والتأصيل الفقهي له في الفصل الاول ، وخطاب الضمان عقد في الفصل الثاني وبينت حكم الاجرة في منظور الشرع في الفصل الثالث ، وكذلك بينت أهمية خطاب الضمان في التنمية والاستثمار في الفصل الرابع ، أهتمت هذه الدراسة بالجانب الشرعي في حين أفتقرت الى الجانب القانوني الذي قمنا بدراسته .

٣. عبدالله ، إيهاب محمد نور (٢٠٠٩) ، خطاب الضمان المصرفي في ضوء الشريعة الاسلامية والقانون والقواعد الدولية ، رسالة ماجستير غير منشورة ، كلية القانون ، جامعة جوبا ، السوادان.

تم بحث هذه الدارسة من خلال فصلين ، حيث تم تخصيص الفصل الاول والذي ضم أثنى عشر مبحثاً ، استعرض في ماهية خطاب الضمان ودليل مشروعيته ، ثم بيان حكم اخذ العوض وتمييزه عن باقي العقود ، وتناول أهميته ، أما في الفصل الثاني فقد تم تخصيصه لبيان الالتزامات الخطاب ، وبيان انواع خطابات الضمان مع كيقية المطالبه بقيمته ، كذلك تناول أحوال الرجوع بسبب خطاب الضمان كل ذلك جاء بشكل عام ، في حين جاء موضوع بحثنا بشكل خاص عن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا .

٤. أبو عياد ، شذى وليد (٢٠١٠) ، وثيقة خطاب الضمان المصرفي ، رسالة ماجستير غير منشورة ، كلية القانون ، جامعة اليرموك ، اربد ، الاردن.

تناولت هذه الدراسة موضوع خطاب الضمان في الفصل الاول من أجل التعرف على تاريخ ظهور هذا الخطاب ومبررات ذلك وسبب اصداره والماهية المادية له من حيث اشخاصه وبيان أنوعه ، وخصص الفصل الثاني لدراسة الاحكام المتعلقة بهذه الوثيقة ومدى خصوصية هذه الاحكام بالنسبة لأطرافه ، كل ذلك من جانب قانوني دون النظر بشكل خاص عن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا .

منهجية الدراسة

سيقوم الباحث باستخدام المنهج الوصفي والتحليلي بالمقارن بين التشريعات القانونية والأحكام الشرعية مستقرأ آراء الفقهاء ومستنبطا منها الأحكام من خلال عناصر الدراسة .

المخطط الهيكلي

ولغرض دراسة موضوع خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بصورة مفصلة فان الأمر يقتضي تقسيمه الى :

المبحث التمهيدي/التطور التاريخي لخطاب الضمان وأهميته في عقود نقل التكنولوجيا

الفصل الاول / الطبيعة القانونية لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

المبحث الاول / ماهية خطاب الضمان وخصائصه في عقود نقل التكنولوجيا

المبحث الثاني / تكييف خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

الفصل الثاني / أنواع وآثار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

المبحث الاول / أنواع خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

المبحث الثاني / آثار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

الباحث

المبحث التمهيدي

التطور التاريخي لخطاب الضمان وأهميته في عقود نقل التكنولوجيا

يعتبر خطاب الضمان من العمليات البنكية التقليدية في العالم ونظراً لأهميته الوظيفية التي يؤديها بحسبانه البديل الذي يحل محل التأمين النقدي والذي لا يزال يمثل أحد الضمانات المهمة لإتمام العمليات التجارية وعقود نقل التكنولوجيا في العصر الحالي، غير أن تاريخ نشوء خطاب الضمان وظهوره لم يكن وليداً لعقود نقل التكنولوجيا ، بل يعود نشوؤه إلى عهود بعيدة في ماضي العصور والزمان فقد عُرف خطاب الضمان بأشكال ومظاهر متنوعة في ظلال عدد من الحضارات السومرية والإغريقية والرومانية والحضارات الإسلامية التي ازدهرت قبل تطويها في هذه الأيام لتصبح في ذمة التاريخ سطوراً وآثاراً [١] ، ومن هنا يمكن تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نعرض في المطلب الأول نشأة وظهور خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ونعرض في المطلب الثاني أهمية خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا من خلال بيان أهميته بالنسبة لأطراف العلاقة التعاقدية وأهمية خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا في التنمية والاستثمار .

المطلب الأول

نشأة وظهور خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

إن دراسة خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا تولد في الذهن بعض التساؤلات عن تاريخ خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، مما يقودنا إلى التحري والتنقيب عن كيفية نشوء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا في الحضارات القديمة وكيفية ظهور خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بشكله الحاضر ، من هنا تم تقسم هذا المطلب إلى فرعين : وهما نشوء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا في الفرع الأول ، وظهور خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا في الفرع الثاني .

---

[١] محمود ، سامي حسن (١٩٨٢) ، **تطور الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية** ، ط٢،عمان : مطبعة الشروق، ص٣٥.

الفرع الأول

نشوء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

يعتبر خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا أحد العمليات والخدمات المصرفية التي تقوم بها البنوك خدمة لعملائها وقد أرتبط نشأته مع نشأت الخدمات المصرفية التي نشأت منذ زمن بعيد فقد عرفت هذه الخدمات لدى السومريين ، كما عرفها غيرهم كالإغريق والرومان وان اختلفت الأشكال والمظاهر، فقد دلت الحفريات الأثرية على أن السومريين الذين كانت منطقتهم بجنوب بلاد الرافدين مهداً لحضارة تمتد إلى ما يقرب من أربعة وثلاثين قرناً قبل الميلاد ، قد عرفوا بعض من الخدمات المصرفية التي باشرته معابدهم المقدسة ، والتي كان من أشهرها المعبد الأحمر ، وفي القرن العشرين قبل الميلاد تم اكتشاف كتابات أثرية بابلية تدل على وجود أعمال وخدمات مصرفية في هذا العصر، ومثال هذه الخدمات عمليات الإيداع التي كان يقوم بها رجال الدين في المعابد. (١)

ولا تختلف الأعمال المصرفية لدى الإغريق فقد جاءت مماثلة تقريباً في بدايتها لما كان عليه البابليين ، حيث قامت المعابد المقدسة أيضا بدور هام في ممارسة الأعمال المصرفية ، فقد كانت النشاطات المالية تمارس في القرن الرابع قبل الميلاد جنباً إلى جنب من قبل كل من المعابد والهيئات العامة والشركات الخاصة التي قامت بأعمال قبول الودائع وإعطاء القروض وفحص العملة واستبدالها وإجراء الحوالات بين مختلف المدن لتجنب نقل النقود. (٢)

وتتلمذ الرومان على يد الإغريق في الأعمال المصرفية ، وعن طريق هؤلاء الرومان نشأ العمل بالأصول المصرفية الإغريقية في معظم إرجاء العالم القديم ، تبعاً لاتساع دائرة نفوذهم في ذلك العهد (٣) ، وان هذه الصورة المتطورة من صور التعامل المصرفي ترجح ما يذهب إليه الباحثون فيما يقررونه من ناحية إرجاع أول سند تشريعي للإعمال المصرفية إلى قانون حمورابي

---

(١) أبو عياد ، شذى وليد (٢٠١٠) ، **وثيقة خطاب الضمان المصرفي** ، رسالة ماجستير غير منشورة ، كلية القانون ، جامعة اليرموك ، اربد ، الأردن ، ص ص ٦، ٧ .

(٢) محمود ، **تطور الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية** ، مرجع سابق ، ص٣٧.

(٣) شافعي ، محمد زكي (١٩٦٩) ، **مقدمة في النقود والبنوك** ، القاهرة : دار النهضة العربية ، ص ص١٨١,١٨٠.

في القرن الثامن عشر قبل الميلاد الذي تضمن تقنيناً لقواعد الالتزامات التي كانت سائدة في تلك الفترة ، ومن بينها بعض أعمال البنوك ، كالقرض بفائدة والوديعة. [١]

وعلى الرغم من أن ظاهرة نقل التكنولوجيا تبدو حديثة في مظهرها فإنه يكشف عن قدمها قدم الإنسان ذاته فهي تعبر عن مقدرة هذا الإنسان على اكتساب المعلومات واستيعابها ونقلها إلى غيره من بني جنسه، فمنذ قرون طويلة كانت المحاولات الأولى لنقل التكنولوجيا تتمثل بفكرة اكتشاف سر النار وإشعالها فانه –أي الإنسان– لم يجعل السر قاصراً عليه وحده أو على قبيلته فقط وإنما أطلع الآخرين عليه أي نقل معرفته بهذا السر إلى الآخرين وهكذا استمرت الحال مع الزراعة وغيرها، ثم تطورت المعارف أكثر بعد ذلك فكان الصينيون يلقنون العرب القاطنين في سمرقند فن الطباعة الذي أجادوه لينقله العرب إلى بلادهم وهو ما يدل على معرفة فكرة نقل التكنولوجيا وان لم تكن التسمية ذاتها أو الصورة نفسها إلا أن الفكرة هي ذاتها، وهكذا اثبت لنا التاريخ أن كل حدث صناعي ظهر عبر تاريخ الإنسانية اقترن به وجود نقل أو اقتسام للمعلومات الأمر الذي استمر وازداد بظهور الثورة الصناعية. [٢]

ولمعرفة نشوء خطاب الضمان في الشريعة الإسلامية بمجال النشاط المصرفي وتحت ظلال الحضارة الإسلامية نجد أن التعامل بين الناس في هذا المجال سار إلى مواقع متقدمة تفوق كثيراً ما عرفه الرومان في أعلى مراحل تقدمهم قبل سقوط الإمبراطورية الرومانية الغربية ، فقد كانت مكة – قبل بعثة النبي محمد عليه الصلاة والسلام في مطلع القرن السابع للميلاد – هي البقعة الآمنة في عالم مضطرب [٣] ، وكانت رحلة الشتاء والصيف اللتين أشار إليهما القرآن الكريم بقوله تعالى :﴿ لِإِيلَافِ قُرَيْشٍ ۞ إِيلَافِهِمْ رِحْلَةَ الشِّتَاء وَالصَّيْفِ ۞ فَلْيَعْبُدُوا رَبَّ هَذَا الْبَيْتِ ۞ا لَّذِي أَطْعَمَهُم مِّن جُوعٍ وَآمَنَهُم مِّنْ خَوْفٍ﴾ . [٤]

---

[١] محمود ، **تطور الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية**، مرجع سابق ، ص ٣٧.

[٢] عبد الرزاق، مهند حمد أحمد (٢٠٠٨) ، **عقود نقل التكنولوجيا والمشكلات الناجمة عنها** ، رسالة ماجستير غير منشورة ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، الموصل ، العراق ، ص ٥ .

[٣] محمود ، **تطور الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية**، مرجع سابق ، ص ٤١.

[٤] **سورة قريش** : الآية (١ – ٤) .

فكان طبيعياً في ظل الأمن النسبي والازدهار التجاري أن تنشأ في المجتمع المكي قبل الإسلام صور وأشكال التعامل البادئ في مجال إيداع الأموال واستثمارها، ففي مجال إيداع المال كانوا يودعون أموالهم ونفائسهم عند من كان يعرف بالأمانة والوفاء ، وكان النبي - صلى الله عليه وسلم مشهور بين الناس بالأمانة ، أما الاستثمار فكان عن طريق إعطاء المال مضاربة على حصة من الربح ، أو عن طريق الاقتراض بالربا الذي كان شائعا في عصر الجاهلية .

وجاء الإسلام دين الرحمة والهدى ، ليصحح انحراف العقيدة ويقوم اعوجاج العلاقات الاقتصادية وانحرافها عن طريق العدل ، ويوجه الحياة الاقتصادية وجهة حق فكان تحريم الربا من القواعد لبناء هذا المنهج القويم ، إلا انه لم يكن في هذا التحريم ما يعوق سير النشاط الاقتصادي على خلاف من قال : "أنه كان ذا أثر هام في عرقلة أعمال البنوك والائتمان" ، وذلك بدليل أن الأعمال المصرفية في الإسلام لم تكن بأي حال اقل شأناً وتقدماً عما عرفته المجتمعات التي لم تشدد في مسألة الربا ، أما إذا كانت المقارنة بين ما عرفته الحضارة الإسلامية وما عليه التنظيم المصرفي المعاصر ، فلا يخفى أن في هذا بعداً أقل ما تتطلبه المقارنة السليمة من تساوٍ في الظروف والأوضاع بين العهدين خاصة حينما خضع الشرق خضوع المستسلم الأسير للغرب المستيقظ على فجره الجديد ، وبدت الأعمال المصرفية المستحدثة وكأنها تؤتى بلا سابق نموذج أو مثال وسيطرت على أهل الشرق المستضعفون وكأن الدنيا كانت عقيما من قبل ، وأن الحضارة الإسلامية لم تنجب نظماً ولا أفكاراً قط من هذا القبيل ، إلا في أحضان أفكار أوروبا بعهدها الجديد فلننظر كيف ظهر خطاب الضمان وتطور في ظل الحضارة الأوربية الحديثة حتى وصل التقدم إلى هذه الدرجة المسيطرة على أفكار عالم القرن العشرين ، غربه وشرقه على حد سواء.[١]

---

[١] محمود ، **تطور الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية**، مرجع سابق ، ص ص ٤٢ - ٥١.

الفرع الثاني

ظهور خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

أن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا وليد العرف المصرفي ظهر تحت ضغط الحاجة العملية إليه حيث ظلت تدفعه وتطوره وفقاً لاعتبارات خاصة بعيداً عن يد المشرع ، فهو بهذا المعنى الدقيق حديث الظهور لا يتعدى العقدين من الزمن [1] ، ولا زالت بعض التشريعات في بعض البلدان لا تفرق بينه وبين الكفالة العادية الخاضعة لأحكام القانون المدني والكفالة المصرفية العادية ، ولازال بعض الفقه يؤسس طبيعة التزام البنك في خطاب الضمان على أحكام الكفالة لذلك لا توجد قواعد دولية موحدة لخطاب الضمان بمستوى وقبول القواعد الدولية الموحدة للاعتماد ألمستندي رغم الجهود الدولية التي بذلت في هذا المجال. [2]

وفي القرنين السادس والسابع عشر ونتيجة لتطور الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية ظهرت الشركات الكبرى التي تملك رؤوس أموال ضخمة وإمكانات مادية وبشرية ساهمت في دفع العجلة الاقتصادية من خلال عقود نقل التكنولوجيا ، حيث كانت هذه الشركات تقوم بمشاريع لا يستطيع الأفراد أن يقوموا بها بمفردهم ، إلى أن بدأت الثورة الصناعية الكبرى وظهرت المشاريع الكبيرة وأخذت البنوك تعمل على تمويلها ، وبحلول القرن التاسع عشر ونظراً للتطورات التي ظهرت في كافة المجالات ومنها المجال الاقتصادي والتجاري وظهور عقود نقل التكنولوجيا وتحول البنوك إلى شركات مساهمة وتعدد العمليات المصرفية التي أصبحت تقوم بها تبعاً لذلك حيث شرعت هذه البنوك بالقيام بمختلف العمليات الائتمانية المتعارف عليها حالياً ومنها خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، إذ أنه من النظم التجارية التي إبتدعتها البنوك لإعتبارات خاصة وأصبحت من أعمال البنوك المتعارف عليها ، وعُرف خطاب الضمان في بداية الأمر باسم الضمان المستقل وعُرف بصورته الحالية في فرنسا في عام ١٩٧٠، ثم أنتشر وأزدهر في العقدين الأخيرين انتشارا دولياً وبدأت بعد ذلك بعض الدول تقنن أحكامه في تشريعات خاصة به ، كما هو الحال في ألمانيا وسويسرا وايطاليا. [3]

---

[1] عوض ، علي جمال الدين (١٩٩١) ، **خطابات الضمان المصرفية** ، القاهرة : دار النهضة العربية ، ص٣.

[2] عمر ، سلمان رمضان محمد (٢٠٠٩) ، **النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية** ، الإسكندرية : دار الفكر الجامعي ، ٣٨.

[3] أبو عياد ، **وثيقة خطاب الضمان المصرفي** ، مرجع سابق ، ص ص ٧ ، ٨ .

وعلى المستوى الدولي كانت أول محاولة أعلنتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي حول صياغة مشروع القواعد الدولية الموحدة لخطاب الضمان ، وكانت أساسا لمشروع غرفة التجارة الدولية بشأن الكفالات والضمانات المتعلقة بالمدفوعات الدولية عام ١٩٧٠م ، كما بدأ معهد ماكس بلانك بناءً على طلب لجنة السوق الأوربية المشتركة لصياغة مشروع مماثل خاص بالمجموعة الاقتصادية الأوربية عام ١٩٧١م ، حيث نظم المشروع بشكل رئيسي عقد الكفالة التقليدي ، ولم يخصص سوى المادة (٩) منه لأحكام الضمان المستقل وظل مشروعاً لم يرى النور، وفي عام ١٩٧٨ انتهت غرفة التجارة الدولية إلى وضع قواعد موحدة بخصوص الضمانات التعاقدية ، إلا أنها غير ملزمة بالنسبة للمتعاقدين . (١)

وترجع أسباب ظهور خطاب الضمان وازدهاره إلى أسباب متعددة ، سواء على مستوى العقود الداخلية ، أو العقود الدولية ، ففي العقود الداخلية كانت الكفالة هي السائدة لحقبة من الزمن حيث كان الدائن يشترط ضماناً لدينه أن يقدم له المدين تأميناً عينياً أو تأميناً شخصياً منه أو من غيره ، إلا أن القضاء آنذاك كان يحمي الكفيل على حساب الدائن باعتباره شخصاً متبرعاً ، له الأفضلية بالرعاية ، في حين إن الدائن لا يستطيع الحصول على حقه من الكفيل إلا بعد قيامه برفع دعوى أمام القضاء للحصول على الحكم بالدين ضده مع الحكم بالدين ضد المدين ، ونظراً لمشقة القضاء وبطئ سير إجراءات التقاضي وغير ذلك من أمور سعى الدائنون إلى طريقة أخرى أكثر سهولة لحماية حقوقهم واسترجاعها بسرعة وهي طلب الكفالة النقدية والتي تعد أحدى صور الضمان العيني التي تمكن الدائن من حيازة فعلية يحوز بها نقود المدين وأوراقه المالية وجعلها كورقة ضغط يستعملها الدائن في حالة عدم الوفاء المدين بدينه إلا إن هذه الطريقة هي الأخرى لم تجدي نفعاً خاصة مع تطور الحياة التجارية وظهور العديد من العقود التجارية والتي تحتاج إلى مبالغ نقدية كبيرة ونظراً لضخامة المبالغ التي يطلبها الدائنون كوديعة لديهم تضمن لهم حق الوفاء أصبح من اللازم البحث عن وسيلة اخرى تبعد الدائن عن الكفالة التابعة للدين الأصلي وتفر له الأمان عن الاقتضاء وكذلك لا تحتاج في الوقت نفسه إلى مبالغ يودعها المدين لدى الدائن ، من هنا ظهر خطاب الضمان المستقل عن العقد الأصلي الذي أنشأ الدين في مواجهة المدين هذا إذا كانت العقود على المستوى المحلي. (٢)

---

(١) عمر، **النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية**، مرجع سابق ، ص ٣٨.

(٢) أبو عياد ، **وثيقة خطاب الضمان المصرفي** ، مرجع سابق ، ص ٨.

أما في العقود الدولية يمكن للأطراف اللجوء إلى التأمينات العينية أو الشخصية إذا كانت علاقات هذه الدول فيما بينها مستقرة وتقارب نظمها القانونية فقد تؤدي هذه التأمينات وظيفتها بشكل طبيعي خالية من المفاجئات ، أما في حال اختلاف نظمها القانونية فأن التأمينات التقليدية تكون شبه عاجزة عن تجاوز حدود هذه الدول عندئذ يتطلب الدائنون تأميناً لدينهم وضمانات أكثر بساطة وأكثر فاعليه في التنفيذ فوجد الضمان المستقل. [١]

حيث كان ذلك في عصر القوة الاقتصادية للدول الأوربية ومنذ الحرب العالمية الثانية حتى عام ١٩٧٣، والذي يعد الربع الأخير من القرن الماضي هو البداية الحقيقية لظهور عقد نقل التكنولوجيا بصورته المعاصرة، حيث أزداد نشاط الشركات متعددة الجنسيات التي أخذت تؤدي دوراً مهماً في نقل التكنولوجيا والاستثمار الأجنبي. [٢]

في وقت أزمة البترول حيث طغى الطلب على العرض ، وكان البائعون في مركز أقوى من المشترين أو طالبي الخدمات وأرباب العمل في المقاولات وعقود نقل التكنولوجيا ، حيث كان هذا العصر يسمى (بسوق البائعين) وكان دور التأمينات دوراً ضعيفاً ، إذ كان على المشتري أو المستورد أن يقدم قسطاً للبائع عند توقيع العقد مع اشتراط دفع باقي الثمن عند تسليم البضاعة أو تقديم الخدمة والذي يشكل بالنسبة للبائع ضماناً كبيراً لحقوقه وسرعان ما أنقلب هذا الحال تدريجياً بعد عام ١٩٧٠، في ظل ازدهار البلاد النامية حيث أصبح السوق سوق المشترين لأنهم صاروا أقوى من البائعين أو موردي الخدمات وأصبح بإمكانهم فرض شروطهم على البائعين أو المصدرين لتلك الخدمات ولما كانت التأمينات التقليدية غير مقنعة أو كافية للمشترين عندها لجئوا إلى طلب وديعة من نقود أو أوراق مالية تودع لديهم أو لدى بنوكهم وإن هذه الوديعة لم تكن سوى شكل من أشكال الرهن بنقل الحيازة ، وقد كان هذا الرهن مرضياً للدائن ، لما يوفر من سهولة تنفيذه ولكنه كان يرهق المدين فيحرمه من ماله ويكلفه كثيراً ، لذا تحولت الفكرة سريعاً إلى إحلال ضمان البنك بالتوقيع محل نقل النقود ، أي إلى تعهد مصرفي بالوفاء للدائن بالقيمة التي تمثل الوديعة النقدية السابقة ، وهذا الحل لا يكلف كثيراً (العمولة المصرفية من ٥ % إلى٢٥ %)

---

[١] عمر، **النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية** ، مرجع سابق ، ص٤٠.

[٢] صلاح الدين ، جمال الدين (٢٠٠٥) ، **عقود نقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي** ، الإسكندرية : دار الفكر الجامعي للنشر، ص٦٣.

وهو مضمون كالوديعة ولا يصطدم بأي عائق ولا يمنعه أي دفع مستمد من عقد الأساس أي انه يدفع بمجرد الطلب دون أي معارضة من قبل الآمر وهذا ما عليه الأحكام الحالية للضمان.[١]

ونتيجة للتطورات الاقتصادية والتجارية بشكل عام وظهور عقود نقل التكنولوجيا بشكل خاص ظهرت بادرة خطاب الضمان التي تقدمها البنوك خدمة للمستورد في عقود نقل التكنولوجيا وبناءً على العلاقة التي تنشأ بين المورد والمستورد في عقود نقل التكنولوجيا يلجئ المستورد للبنك الذي يتعامل معه للحصول على خطاب الضمان من أجل إتمام عقد نقل التكنولوجيا أو كضمان حسن تنفيذ وغيرها من الأعمال حفاظاً وضمانا لحقوق المورد .[٢]

ومن اسباب ظهور خطاب الضمان في مجال التجارة الدولية أن المورد الأجنبي في عقد نقل التكنولوجيا لا يعرف المستورد ولا يعرف أمانته وجديته وحسن تنفيذه وهذا طبيعي في التجارة الدولية إذ فيها لا يثق أحد في أحد ، خاصة في هذا العالم المتغير، فعندما يتعاقد المستورد والمورد في عقود نقل التكنولوجيا في مرحلة المفاوضات وبطبيعة هذه العقود لما تحتويه من سرية والتي يسعى المستورد الحصول عليها ويدفع فيها ثمناً باهظاً ، وإذا لم يكن المورد سبق وان تعامل مع المستورد فلا يطمئن إليه ، فأن كلاً منهما يجهل الآخر ويخشاه ويأخذ له الحيطة ، لذلك يلجئ مورد التكنولوجيا إلى أخذ تعهد على المستورد لضمان المحافظة على سرية التكنولوجيا على أن يخصم مبلغ الضمان من الثمن بعد إبرام عقد نقل التكنولوجيا ولا يتردد المستورد بإصدار خطاب الضمان مادام لديه رغبة جدية في التعاقد مع المورد.[٣]

لذلك عادةً ما يلجأ المستورد إلى البنك لطلب إصدار خطاب الضمان وهذا الضمان قد يكون ضمان الحصول على التعاقد أو ضمان حسن تنفيذ أو ضمان رد الدفعة المقدمة أو ضمان عدم اقتطاع مبلغ عند نهاية عقد نقل التكنولوجيا ، كل هذا التجمع يتم بين ثلاثة عقود وهي عقد بين المورد والمستورد (عقد نقل التكنولوجيا) وعقد بين المورد والبنك الذي يعطي الضمان وعقد بين

---

[١] عوض ، علي جمال الدين (٢٠٠٠) ، **خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية** ، ط٢، القاهرة : دار النهضة العربية ، ص ص ١٧ ، ١٨.

[٢] الوادي ، كامل (١٩٩١) ، **الاعمال المصرفية والقوانين المنظمة لها** ، ج١ ، الإمارات العربية المتحدة : دار المتنبي للطباعة والنشر ، ص ١٥٣ .

[٣] شفيق ، محسن (١٩٨٤) ، **نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية** ، القاهرة : مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ص ص ٦١ ــ ٦٤.

المستورد والبنك، وهو عقد خطاب الضمان ومن هنا ظهر خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا . [١]

وبعد فتلك كانت عجالة سريعة في تاريخ ظهور خطاب الضمان تحت تدرج الحضارات القديمة ، أما عن ظهور عقود نقل التكنولوجيا فشأنها شأن غالبية العقود لم تظهر بصورتها الحالية جملةً واحدة وإنما ظهرت بصور وصيغ عقدية أُولى ثم تطور شيئاً فشيئاً ، إلا أنه يمكن القول إن البداية الحقيقية لظهور عقود نقل التكنولوجيا كانت عقب أن نفض العالم آثار الحرب العالمية الأولى ومحاولة الدول الغربية وأمريكا وبقية الدول الصناعية إزالة ما خلفته الحرب من دمار وخاصة في الأرواح ووسائل الإنتاج. [٢]

وبعد أن أتنهينا من التطور التاريخي لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا يجدر بنا التعرف على أهمية إصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا من خلال التطرق إلى خطاب الضمان في العصر الحالي وبشكل مفصل في المطلب الثاني من هذا المبحث .

---

[١] عوض، **خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية** ، مرجع سابق ، ص ٢٠.

[٢] عبد الرزاق ، **عقود نقل التكنولوجيا والمشكلات الناجمة عنها** ، مرجع سابق ، ص ٥ .

المطلب الثاني

أهمية خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا هو أحد عمليات البنوك التي تم ابتداعها وجرى العرف بها من قبل البنوك ، ذلك أن طبيعة عقود نقل التكنولوجيا تتطلب من البنوك القيام بدور ائتماني ولاشك إن لخطاب الضمان يؤدي وظيفة بالغة الأهمية فمن أجلها وجد ، وبعكس ذلك فإنه لا داع لوجود خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا .[١]

فمن الناحية العملية فان المستورد الذي يريد أن يستورد التكنولوجيا عن طريق عقود نقل التكنولوجيا لابد له من تقديم تأمين نقدي ضماناً لجديته في التعاقد مع المورد وخاصة أن طبيعة عقود نقل التكنولوجيا محلها المعرفة الفنية التي تنطوي في ثناياها على السر التكنولوجي مما يدفع المستورد للحصول عليها من خلال التعاقد مع المورد في عقود نقل التكنولوجيا وتقديم التامين النقدي ضماناً له بعدم إخلال بشرط المحافظة على سرية التكنولوجيا.

وعملية تقديم التأمين النقدي من قبل المستورد للمورد في عقود نقل التكنولوجيا عملية لا شك أنها ترهق أطراف العقد وذلك لان المستورد الذي قدم التأمين النقدي سوف يجمد جزء من أمواله هو بحاجة إليها لتمويل التعاقد ، أما المورد الذي أخذ التأمين النقدي فسوف ترهقه عملية المحافظة على هذا المال والذي قد لا يصبح له الحق فيه بمجرد أخلال المستورد في التزاماته بموجب عقد نقل التكنولوجيا لهذا السبب وجد خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ليحل محل التأمين النقدي [٢]، لذلك يطلب المورد من المستورد تقديم كفالة مالية كخطاب ضمان وذلك للتأكد من عدم إخلال بشرط المحافظة على سرية التكنولوجيا ، بحيث يجوز للمورد القيام بتسييل خطاب الضمان مثلاً إذا أخل المستورد بالتزامه بالسرية [٣] ، ويتم اللجوء إلى ذلك عندما يكون التعامل بين طرفي

---

[١] أبو صد ، عماد أحمد عيسى (١٩٩٥) ، **أحكام خطابات الضمان المصرفية** ، رسالة ماجستير غير منشورة كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية ، عمان ، الأردن ، ص ٢٣.

[٢] عوض، **خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية** ، مرجع سابق ، ص ص ٢٤، ٢٥.

[٣] محمدين ، جلال وفاء (٢٠٠٤) ، **الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا في ظل الجهود الدولية وأحكام نقل التكنولوجيا في قانون التجارة الجديد** ، الإسكندرية : دار الجامعة الجديدة ، ص ص ٢٠ ، ٢١ ؛ وكذلك ، الصمادي ، عيسى لافي حسن (٢٠٠٥) ، **عقد نقل التكنولوجيا الالكتروني عبر الانترنت** ، ط١، عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ص ٦١.

التفاوض لأول مرة ، حيث يحرص المورد على حماية مصالحه بعدم تسريب المعلومات الفنية والمعارف التكنولوجية من دون ضمان ، ويكون مصير هذه المبالغ إما أن تخصم من المبلغ الذي يتم الاتفاق عليه كمقابل للأسرار التكنولوجية عند تمام العقد أو مصادرتها لحساب المورد عند الإخلال المستورد بالتزامه بالحفاظ على السرية ، لذلك يجب على المستورد أن يحتاط لذلك في حال فشل المفاوضات بأن يحدد المدة التي ينبغي على المورد خلالها أن يرد المبلغ بعد فشل المفاوضات ، من هنا يثار التساؤل عن المدة الزمنية التي يبقى المستورد الذي حصل على المعلومات والمعارف السرية ملتزماً بالحفاظ سريتها ؟

يذهب أغلبية الفقه إلى أن هذا الالتزام يجب أن يحدد بمدة زمنية من قبل المورد ولا يمكن أن تكون هذه المدة مطلقة ، حيث يرى البعض أن التطور التكنولوجي سريعاً جداً وبالتالي يكفي أن يحدد مدة هذا الالتزام بفترة زمنية تتراوح من (٥ – ١٠) سنوات ، بينما يذهب جانب آخر من الفقه إلى إن نطاق الالتزام بالحفاظ على سرية في حال عدم تحديد له مدة زمنية أن يكون مرهوناً بسرية المعلومات والمعارف التكنولوجية محل الالتزام بالسرية، فأن فقدت سريتها وأذيعت وأصبحت معروفة لدى الغير فلا مبرر لبقاء المستورد ملتزماً بالحفاظ عليها . (١)

ويلاحظ على هذا النص أنه يعتبر من قبيل القواعد القانونية المكملة والمفسرة لإرادة المتعاقدين التي يجوز الاتفاق على خلافها بان يكون للمتعاقدين حرية إنهاء العقد أو إعادة النظر في شروطه. (٢)

وإما من الناحية لازدهار التجارة الدولية وتطوير أساليبها في ظل الانفتاح التجاري وحركة العمران والبناء الضخم وإنشاء وتعمير المصانع التي شهدتها الدول النامية مؤخراً والذي مكن التجار من إبرام عقود نقل التكنولوجيا وتنفيذها بكل سلاسة ويسر مما يترتب على ذلك ازدياد الحاجة لاستخدام خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، وذلك لسد فجوة عدم الثقة بين الطرفين ، ويزداد عمق هذه الفجوة في عقود نقل التكنولوجيا عندما يكون المورد مقيماً في دولة

---

(١) الخفاجي ، محمد جعفر وميثاق طالب عبد الحمادي (٢٠١٤) ، الالتزام بالسرية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا (دراسة مقارنة) ، **مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية** ، ٦(٢) ، ٣٦٣ – ٤١٤ ، العراق: جامعة بابل ، ص ص ١٢ ، ٢٠.

(٢) السبعاوي ، ياسر باسم ذنون وصون كل عزيز عبد الكريم (٢٠٠٦)، الطبيعة القانونية لعقد نقل التكنولوجيا، **مجلة الرافدين للحقوق** ، المجلد ٨، العدد ٢٩، (٥٣-٩٦) ، العراق: جامعة الموصل ،، ص ٦٨.

والمستورد في دولة أخرى حيث لا يطمئن المورد إلى إطلاعه على التكنولوجيا قبل دفع الثمن لذلك يشترط المورد على المستورد أن يصدر له خطاب ضمان بقيمة التكنولوجيا .[١]

عندها يلجأ المستورد إلى البنك من أجل أن يتولى مهمة الضمان ، فيطلب منه إصدار خطاب الضمان بمبلغ التأمين النقدي الذي حل محله فيقبل المورد ذلك كونه تعهد من قبل البنك ، بدفع مبلغ معين لدى الطلب دون أي معارضة ، وبالتالي يصبح البنك ملتزماً في مواجهة المورد التزاماً أصليا ومدنياً مباشراً له بالمبلغ المدون في خطاب الضمان وعليه فأن العلاقة بين المورد والمستورد هي الأساس في إصدار خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا .[٢]

ومن هنا ظهرت أهمية خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا وأهميتها على الصعيدين العملي والتجاري لما له من فوائد تساعد على النهوض بالحركة التجارية والاستثمارية بما يضمنه من تسهيل إبرام عقود نقل التكنولوجيا ، ورغم اتساع دائرة المصارف والبنوك العامة في الأردن إلا إن المشرع الأردني لم يأبه بصياغة وإعداد قوانين تنظم وتقنن خطاب الضمان بشكل عام وخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بشكل خاص بل أن المشرع الأردني كذلك لم ينظم عقود نقل التكنولوجيا ، حيث لا زال التشريع الأردني يفتقر إلى وجود نصوص تشريعية تحكم خطاب الضمان في عمليات البنوك ، بخلاف الكثير من تشريعات الدول العربية التي نظمت خطاب الضمان وأدرجت نصوص تشريعية تقنن أحكام خطاب الضمان مثل جمهورية العراق التي أفردت الفصل الثاني وخصصت الفرع السابع من قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ لخطاب الضمان في المواد من (٢٨٧ ــ ٢٩٣) .[٣]

وكذلك المشرع المصري في قانون التجارة رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩م ، تناول تنظيم خطاب الضمان في المواد من (٣٥٥ ــ ٣٦٠)[٤]، ونظم المشرع الكويتي قانون التجارة رقم (٦٨)

---

[١] عبد الله ، إيهاب محمد نور (٢٠٠٩) ، **خطاب الضمان المصرفي في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون والقواعد الدولية** ، رسالة ماجستير غير منشورة ، كلية القانون ، جامعة جوبا ، السودان ، ص ٣٠ .

[٢] أبو عياد، **وثيقة خطاب الضمان المصرفي** ، مرجع سابق ، ص ١٠ .

[٣] الجمهورية العراقية ، **قانون التجارة** ، **رقم (٣٠) لسنة** ١٩٨٤ ، الوقائع العراقية ، العدد (٢٩٧٨) ، بتاريخ ١٩٨٤/٤/٢، ص(٢٣٠) .

[٤] جمهورية مصرية العربية، **قانون التجارة** ، **رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩** ، الجريدة الرسمية ، العدد (١٩) مكرر الصادر بتاريخ ، ١٧ /٥ / ١٩٩٩، المواد من (٣٥٥ ــ ٣٦٠) .

لسنة ١٩٨٠، في المواد من (٣٨٢ – ٣٨٧) [١] ، وقانون التجارة العماني رقم (٥٥) لسنة ١٩٩٠ الذي نظم أحكام خطاب الضمان بالمواد من (٣٩٢ - ٣٩٧) [٢] ، وبما أن لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا أهمية كبرى حيث تنعكس أهميته بالنسبة لكل من المستورد والبنك والمورد فضلاً عن أهمية خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا في التنمية والاستثمار ، لذا سنقتصر في بيان أهمية خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا في الفرعين التاليين : -

الفرع الأول : أهمية خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا لأطراف العلاقة

الفرع الثاني : أهمية خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا في التنمية والاستثمار

---

[١] دولة الكويت، **قانون التجارة، رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠** ، الجريدة الرسمية ، العدد(١٣٣٨) ، بتاريخ ١٩ / ١/ ١٩٨٠ ، المواد من (٣٨٢ – ٣٨٧).

[٢] سلطنة عمان ، **قانون التجارة ، رقم (٥٥) لسنة ١٩٩٠**، الجريدة الرسمية ، العدد (٤٣٥) ، بتاريخ ١٥ / ٧ / ١٩٩٠ ، المواد من (٣٩٢ - ٣٩٧).

الفرع الأول

أهمية خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا لأطراف العلاقة

تنشأ الحاجة إلى خطاب الضمان عندما يجد المستورد نفسه مضطراً إلى تقديم ضمان نقدي للمورد لكي يقبل منحه التعاقد معه ، فيلجأ المستورد إلى البنك ليبرم معه عقد خطاب الضمان لصالح المورد وبناءً على طلب المستورد ، وهكذا يتعهد البنك تعهداً أصلياً أمام المورد تنفيذاً لطلب المستورد الذي تعاقد معه في عقد نقل التكنولوجيا وبذلك يتكون خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا من ثلاثة أطراف على الأقل [١] ، وهو المستورد والمورد والبنك ، وأن العلاقة بين المستورد والمورد في عقد نقل التكنولوجيا هي أساس التعاقد في إصدار خطاب الضمان وهذه العلاقة تتخذ أشكالا عدة منها :-

أولا / علاقة تعاقدية

وهي علاقة يحكمها العقد المبرم بين المورد والمستورد، فقد يبرم المورد مع المستورد عقد لنقل التكنولوجيا ويكون احد شروط عقد نقل التكنولوجيا إلزام المستورد مثلاً بتقديم خطاب الضمان وهذه العلاقة أكثر شيوعاً في الواقع العملي .

ثانياً / علاقة من أجل التمهيد في التعاقد

وفي هذه الحالة لا يوجد عقد بين المورد والمستورد وإنما قد يكون الهدف الدخول في المفاوضات مع المورد كمرحلة تمهيدية لعقد نقل التكنولوجيا واطلاع المستورد على سر التكنولوجيا محل العقد لذلك يقتضي تقديم خطاب ضمان قبل التعاقد لضمان جدية المستورد من اجل إبرام نهائي لعقد نقل التكنولوجيا. [٢]

ومهما كان شكل العلاقة بين المورد والمستورد في عقد نقل التكنولوجيا فهي تعد أساس إصدار خطاب الضمان لذلك يتبين لنا أن العلاقة بين المستورد والمورد في عقود نقل التكنولوجيا ليست علاقة ناشئة عن خطاب الضمان بذاته وإنما سابقة على إصداره ، بل إن عقود نقل

---

[١] قد يكون هناك طرفاً آخر وهو بنك آخر يقوم بإصدار خطاب ضمان مقابل وهو احد أنواع خطاب الضمان والذي سيأتي ذكره لاحقاً ؛ عوض ، **خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية** ، مرجع سابق ، ص ٢٢ .

[٢] أبو صد، **أحكام خطابات الضمان المصرفية** ، مرجع سابق ، ص ٤٨ .

التكنولوجيا هي سبب لإصدار خطاب الضمان مما يدل على أن عقود نقل التكنولوجيا تنشئ روابط من التبعية ويعد خطاب الضمان هو احد هذه الروابط التبعية .

وتكمن أهمية خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بأن المستورد يكسب فرصة إبرام عقد نقل التكنولوجيا مع المورد ، إذ قد يكون المستورد عاجزاً عن توفير مبلغ الضمان نقداً أو قد لا يتوفر لديه السيولة الكافية التي تمكنه من تغطية خطاب الضمان بالكامل ، فيلجأ للبنك إذا كان مصدر ثقة بالنسبة للبنك ، على تسهيل ائتماني وذلك بإصدار خطاب الضمان بغطاء جزئي ، أو بدون غطاء – على المكشوف ، وبالتالي يصدر خطاب الضمان وهذا يعد تمكين للمستورد من خلال إبرام عقد نقل التكنولوجيا [١] ، وقد يكون المستورد لديه المبالغ النقدية الكافية لتغطية خطاب الضمان في عقد نقل التكنولوجيا لكنه لا يريد أن يجمد هذا المبلغ ، فيلجأ للبنك لإصدار خطاب الضمان، إضافة إلى ذلك إن سعر العمولة التي يدفعها المستورد للبنك اقل بكثير من سعر الفائدة التي قد يتحملها فيما لو أقترض قيمة التأمين النقدي من البنك ، وفي ذلك كله فائدة أخرى تتمثل في تأمين وتعزيز الثقة لمركز المستورد المالي أمام المورد. [٢]

فأما من ناحية البنك ، فتتمثل أهمية خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا أنه يتقاضى عمولة من المستورد مقابل إصدار خطاب الضمان ، وهذه العملية لا تكلف البنك سوى نفقات إدارية بسيطة ولا يحمل البنك أي خسارة فيما دفع قيمة الضمان للمورد لأن البنك يكون لديه من الضمانات ما يستطيع أن يسترد ما يكون قد دفعه للمورد [٣] ، إضافة إلى الفائدة التي سيحصل عليها البنك الذي يستفيد من مبلغ تغطية خطاب الضمان إذا كانت التغطية كلية أو جزئية ، وذلك باستثمار هذا المبلغ وتحقيق عائدات نقدية ، أما إذا كان خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا غير مغطى تغطية كاملة ، فإن المبلغ الذي سيدفعه المستورد سيسجل كقرض على حسابه

---

[١] عارف ، ربحي أحمد (٢٠١١) ، خطابات الضمان في مقاولة الإنشاءات (الفيديك) ، **مجلة كلية التربية الأساسية** ، العدد ١٦(٦٧) ، ١٧- ٥٦ ، العراق : الجامعة المستنصرية ، ص ٢٢ .

[٢] عبد الرحيم ، جمال عبد الخضر (١٩٩٩) ، **خطابات الضمان والاعتمادات الضامنة الكفالات في التشريعات والقواعد الدولية واتفاقية الأمم المتحدة** ، بيروت : اتحاد المصارف العربية ، ص ٣١.

[٣] أبو صفية ، باسم محمد (٢٠٠٣) ، **الغش كاستثناء على مبدأ استقلال خطاب الضمان** ، رسالة ماجستير غير منشورة ، كلية القانون جامعة عمان العربية، عمان ، الأردن ، ص ١٧.

وبالتالي سيلتزم المستورد بدفع فوائد لصالح البنك ، ومن جميع تلك العمليات يكون البنك مستفيداً من إصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا. [١]

وأما من ناحية المورد ، فتتمثل أهمية خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا والفائدة الحاصلة منه في حماية حق المورد ، وتوفير عامل الثقة والاطمئنان إلى الملتزم أمامه هو البنك وليس المستورد وبالتالي يستطيع المورد من عقد نقل التكنولوجيا إطلاع المستورد على المعرفة الفنية التي تكمن في التكنولوجيا محل العقد ، وذلك لأن المورد سيكون واثقاً من أنه سيحصل على كافة حقوقه ومستحقاته في أي وقت يشاء خلال مدة سريان خطاب الضمان في عقد نقل التكنولوجيا ، إذا وجد أن المستورد أخل بالتزاماته ، في حدود المبلغ الذي تم تعيينه في خطاب الضمان [٢] ، خاصة إن قيمة خطاب الضمان واجبة الدفع بمجرد الطلب دون قيد أو شرط أو حتى رغم معارضة المستورد ، إلا بعض الحالات التي يمتنع على البنك فيها الوفاء بقيمة خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا كحالات الغش أو حالات التعسف أو الضرر الذي لا يمكن تداركه ، في هذه الحالات فقط يسقط حق المورد في المطالبة بقيمة خطاب الضمان في حقوق نقل التكنولوجيا ، كما إن قبول المورد لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا يجعله في الحقيقة يتجنب المشاكل التي قد تحدث عند إيداع مبلغ التأمين النقدي وإعادة سحبه في نهاية المفاوضات إذا لم يتم انعقاد عقد نقل التكنولوجيا . [٣]

وخلاصة القول يكمن دور خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بالنسبة لما يقوم به في الحياة الاقتصادية بأنه يحل محل النقود ، وهو ما ينتج عنه فائدة كبيرة لأطرافه التعاقدية لكل من المستورد والمورد والبنك ، فالمستورد يستثمر قيمة التأمين النقدي والمورد يطمئن إلى الوفاء والتنفيذ والبنك يحصل على العمولة ، لذلك يعد خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ذا أهمية بالغة بالنسبة للأطراف الذين يتعاملون به على وجه خاص .

---

[١] عبد الله ، **خطاب الضمان المصرفي في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون والقواعد الدولية** ، مرجع سابق ص ٣٢.

[٢] السيد ، علي محمد عبد الحافظ (٢٠٠٨) ، **الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي** ، الإسكندرية : دار الفكر الجامعي ، ص٩٠.

[٣] عمر، **النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية**، مرجع سابق ، ص٤٤.

الفرع الثاني

أهمية خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا في التنمية والاستثمار

مع ازدهار الحياة الاقتصادية على المستوى الفردي من جهة والمؤسسات والشركات الاستثمارية من جهة أخرى برزت أهمية وفائدة خطاب الضمان ، وفي أغلب الأحيان يعود التصرف من المستورد بالنفع عليه وعلى مجتمعه الذي يعيش فيه ، لذلك فان أهمية خطاب الضمان باعتباره من طرق الاستثمار- ما دامت مضبوطة بشروطها الشرعية – تعود على الفرد وعلى المجتمع ، حيث يتم بواسطتها تنفيذ عقود نقل التكنولوجيا والمشاريع والمقاولات وغيرها من الأعمال التي تسهم في عملية الاستثمار ، فخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا يظهر أثره على المستوى الشخصي وعلى المستوى العام والذي أبينه في نقطتين :-

أولا / أهمية خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا للاستثمارات الشخصية

تظهر أهمية خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا في مجال الاستثمار [١]، على المستوى الفردي في حالتين الحالة الأولى : فإنها تتمثل في تمكين المستورد من تنفيذ عقود نقل التكنولوجيا واستيراد الآلات والمعدات والمصانع الحديثة والمتطورة ، والتي لا يستطيع الحصول عليها لولا خطاب الضمان الذي يقدمه البنك بناء على طلب المستورد لصالح المورد ، حيث لا يخفى دور عقود نقل التكنولوجيا في جميع هذه الأعمال التي تعد أعمالاً استثمارية ، بل لا يوجد دافع أصلا لأطراف العقد من الإقبال على هذه الأعمال سوى دوافع استثمارية ، فمن خلال تنفيذ عقود نقل التكنولوجيا بكل صوره ، بلا شك سينمو المال ويزيد لما يعود عليهم بالربح المنشود من المشروع أما الحالة الثانية : فهي تتمثل في الأموال التي يكون خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا محتجزاً لدى المورد في حالة إذا كان خطاب الضمان مغطى بالكامل فبدلاً من أن يقدم المستورد أمواله للمورد كضمان لجديته أو لضمان عدم الإخلال بالشروط الموقع عليها ، يستطيع المستورد أن يستثمر هذه الأموال في مجالات أخرى ، وحتى لو قدم المستورد هذه الأموال إلى البنك ، فأنه يمكن أن يستثمرها أيضا بطريقة من الطرق الاستثمار التي يقدمها البنك .[٢]

---

[١]الاستثمار: هو توظيف المال في أي نشاط أو مشروع اقتصادي يعود بالمنفعة المشروعة على البلد ، الجمهورية العراقية ، **قانون الاستثمار** ، **رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦** ، الوقائع العراقية ، العدد (٤٠٣١) ، بتاريخ ٢٠٠٧/١/١٧ ، ص(٣) ، المادة (١) ، فقرة (ن) .

[٢]السالوس ، علي أحمد (١٩٨٦)، **الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة : دراسة في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون،** الكويت : مكتبة فلاح ، ص ص ١٥٣ ــ ١٥٨ .

وعليه فان لخطابات الضمان في عقود نقل التكنولوجيا أهمية كبيرة وفوائد تعود على المستورد طالب إصدار خطاب الضمان بالخير الكثير والمال الوفير ، وفي النهاية يمكن القول أن الاستثمار بواسطة خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا في تعاون بين رأس المال والخبرة الفنية تسعى لتحقيق التنمية ، حيث يحصل العامل فيه على الربح العادل الذي يتساوى مع الدور الفعلي الذي أداه هذا المال في التنمية الاقتصادية ، كما يحرر الفرد من النزعة السلبية التي يتسم بها المستورد الذي يودع أمواله في البنوك ، القائمة على الفائدة الربوية . [١]

ثانيا / أهمية خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا للاستثمارات العامة

يقوم خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بدور حيوي في مجال الاستثمارات العامة وبالرغم من أن الاستثمار يمثل مصلحة فردية مباشرة للمستورد والمورد سواء كان فرداً أو مؤسسة أو شركة ، فهو يصب في مصلحة أكبر وهي المصلحة العامة للمجتمع ويحقق العديد من الأهداف التي تخدم في النهاية المصلحة العامة ، فيهدف النظام في المجال الاقتصادي بعقود نقل التكنولوجيا لخطاب الضمان في توسيع قاعدة العمل ونشر التكافل الاجتماعي ، وتكافؤ الفرص بين المجتمع [٢]، دون إخلال بمبدأ المنافسة الحرة ، لما تجلبه عقود نقل التكنولوجيا من مهارات وخبرات فنية في مجال الصناعة والإنتاج ، كل ذلك يدفع عجلة التطور الاقتصادي لما يؤديه خطاب الضمان من صور التسهيلات الائتمانية في مجال التنمية والاستثمارات العامة ، ويمكن تلخيص الأهمية الاستثمارية لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا في النقاط التالية :-

١. إن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا يعتبر من الوسائل المهمة التي تساعد على تنشيط الاستثمارات من مختلف قطاعات النشاط الاقتصادي الحديث ، لأنه مشتق من عنصر الثقة في البنوك التجارية ، التي تبعث الطمأنينة لدى أطراف عقد نقل التكنولوجيا وتسهل إجراءاتهم التعاقدية التي تنصب في مجالات الاستثمارية. [٣]

---

[١]القرم ، سليمان أحمد محمد (٢٠٠٤) ، **خطاب الضمان في المصارف الإسلامية** ، رسالة ماجستير غير منشورة ، كلية الدراسات العليا الفقه والتشريع ، جامعة النجاح الوطنية ، نابس ، فلسطين ، ص ١٣٣.

[٢]الجمهورية العراقية ، **الدستور الحالي لسنة ٢٠٠٥**، الوقائع العراقية ، العدد (٤٠١٢) ، ٢٨ / ١٢ /٢٠٠٥ ، ص(١) المادة (١٦) .

[٣]محمد ، سعد عبد (٢٠١٤) ، مشروعية خطابات الضمان في المصارف الإسلامية حالة تطبيقية في العراق ، **مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة** ، العدد (الخاص بالمؤتمر العلمي الخامس) ، ٢٨٥- ٣٠٦، العراق ، بغداد ، كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، ص ٢٩٠.

٢. إن الحاجة في وقتنا الحاضر ضرورية لخطاب الضمان لإتمام وإنجاز الكثير من الأعمال والمشاريع التجارية ، ومنها إنجاز عقود نقل التكنولوجيا حيث تشترط بعض الشركات والمنشآت الاقتصادية على من يرغب في الحصول على تكنولوجيا حديثة من إصدار خطاب ضمان ، وبدونه هذا يصعب التعاقد في عقود نقل التكنولوجيا . [١]
٣. أن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا يؤدي إلى توفير جزء كبير من السيولة ورأس المال بالنسبة للمستورد عند إصداره لخطاب الضمان وتقديمها إلى المورد والشركات والمؤسسات التي تطلب من المستوردين ، بدلا من التأمين النقدي الذي قد يبقى مجمداً دون استثمار، إضافة إلى صعوبة استرداه بعد الانتهاء من عقود نقل التكنولوجيا.
٤. إن المورد للتكنولوجيا والمستفيد من خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا يستطيع الحصول على حقوقه من المستورد بيسر وسهولة أكثر ويجنبه اللجوء إلى القضاء في حالة إخلال المستورد في الالتزامات المترتبة عليه ، ولاشك أن المورد لا يرغب في لجوؤه للقضاء لما يشكله من بطء في الإجراءات ، قد يتسبب في عزوف المورد بالتعاقد مع المستورد والذي يؤدي إلى عدم نقل التكنولوجيا فلا يتم تحقيق التنمية الاقتصادية المنشودة.[٢]
٥. تنبع أهمية عقود نقل التكنولوجيا في استيراد التكنولوجيا التي تشكل نسبة كبيرة من الاستثمارات التي تهدف إلى التقدم التكنولوجي لتنفيذ أعمال ومشاريع معينة للمساهمة في التنمية الاقتصادية ، تتوقف عملية إجراءاتها التعاقدية على خطاب الضمان. [٣]

لذلك تشكل خطابات الضمان لعقود نقل التكنولوجيا في مجال الاستثمار والتنمية أهمية كبيرة وتؤدي دور مهم في الحياة الاقتصادية على المستوى الفردي والمستوى العام .

كانت هذه نبذه عن التطور التاريخي لخطاب الضمان وأهميته في عقود نقل التكنولوجيا ليتسنى لنا بيان الطبيعة القانونية لخطاب الضمان في العصر الحالي من خلال البحث في ماهية خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا وتكييفه وذكر أنواعه والآثار التي تنجم عنه في حال إصداره وانتهاءً إلى انقضائه والنتائج المترتبة عليه.

---

[١] القرم ، **خطاب الضمان في المصارف الإسلامية** ، مرجع سابق ، ص ص ١٣٤ ، ١٣٥.

[٢] الحسني ، احمد حسن احمد (١٩٩٩) ، **خطابات الضمان المصرفية وتكييفها الفقهي** ، الإسكندرية : مؤسسة شباب الجامعة للنشر ، ص ص ١٣ ، ١٤.

[٣] العص ، جمال (٢٠٠٧) ، **إشكالية نقل التكنولوجيا وتوطينها في الوطن العربي**، رسالة دكتوراه غير منشورة ، كلية الاقتصاد، جامعة تشرين، اللاذقية، سوريا ، ص ص ٢، ٣ .

الفصل الأول

الطبيعة القانونية لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

يعتبر خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا من أعمال البنوك التي ينظم أحكامها على أساس العرف المصرفي وقواعد القانونية ، ورغم أهمية خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا، وكثرة الإشكالات التي يثيرها في مجال التجارة الدولية بشكل عام وفي عقود نقل التكنولوجيا بشكل خاص، إلا إن الأبحاث القانونية والأحكام القضائية فيه قليلة.

لذلك سوف نحاول في هذا الفصل أن نقف على الطبيعة القانونية لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا من خلال بيان ماهية خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا وذلك بتعريفه في اللغة وفي ضوء آراء فقهاء القانون والتشريعات القانونية وبيان موقف القضاء منه وبيان عناصره، ومعرفة أهم الخصائص التي يتمتع بها ، ومن ثم نحاول أن نجد الأساس القانوني لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، هل أنه يكييف على أساس النظريات التقليدية من خلال الكفالة المصرفية ، والإنابة القاصرة ، أم أنه يكييف على أساس النظريات الحديثة من خلال الاشتراط لمصلحة الغير والإرادة المنفردة ، لذلك سوف نقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين وكما يلي :-

المبحث الأول : ماهية خطاب الضمان وخصائصه في عقود نقل التكنولوجيا

المبحث الثاني : تكييف خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

المبحث الأول

ماهية خطاب الضمان وخصائصه في عقود نقل التكنولوجيا

يعد خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا من التصرفات والأنظمة القانونية المعاصرة والحديثة التي تفتقر إلى قواعد قانونية تنظمها ، لذلك سوف يتم بحث خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا من خلال تعريفه في اللغة وفي الفقه القانوني والتشريعي وبيان موقف القضاء منه، وبيان عناصره في المطلب الأول ومعرفة أبرز الخصائص التي يتمتع بها خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا في المطلب الثاني .

المطلب الأول

ماهية خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

ماهية الشيء تعني أساسه وتكوينه ونشأته وتطويره وتعريفه وبيان عناصره وكل ما يلقى عليه الضوء لبيان حقيقته ، وماهية خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا تعني تعريفه وبيان عناصره [١] ، وقد سبق البحث عن نشأة وظهور خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا في المبحث التمهيدي لذلك سنقتصر في هذا المطلب على تعريفه في اللغة وفي الفقه القانوني والتشريعي وبيان موقف القضاء منه وذكر عناصره في الفروع التالية: -

الفرع الأول

تعريف خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

لقد أختلف بعض الشراح في تسمية خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا فبعضهم أطلق عليه لفظ الكفالة المصرفية ، أو الضمان التعاقدي أو التلقائي أو الضمان الدولي أو الضمان واجب الدفع لدى أول طلب أو الضمان المجرد أو الضمان الآلي أو الضمان المستقل أو المنفصل وتبعاً لذلك اختلف تعريف خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا واختلف مفهومه باختلاف طبيعته

---

[١] الكيلانـي ، محمـود (٢٠٠٢) ، خطابـات الضـمان ، **مجلـة البنـوك فـي الأردن** ، ٢(٢١) ، ٧٠ -٧٣، الأردن : جمعية البنوك في الأردن، ص ٧١.

القانونية [١] ، فلا بد من تعريف خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا في اللغة وفي الفقه القانوني والتشريعي وبيان موقف القضاء منه وكما يلي :-

أولا / تعريف خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا في اللغة :

لمعرفة معنى خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا في اللغة سوف نقوم بتحليل أجزائه لكي يسهل علينا معرفة ماذا يعنيه هذا المصطلح المركب ، لنصل إلى مفهومه :-

١. **خطاب** : خطب الخاطب على المنبر خطابة بالفتح والضم ، وذلك الكلام خطبة [٢]،أو الكلام المنثور المسجع ونحوه [٣]، وفي التنزيل العزيز قال الله تعالى :﴿ فَقَالَ أَكْفِلْنِيهَا وَعَزَّنِي فِي الْخِطَابِ﴾ [٤]، أو هو اسم لذلك الكلام الذي يتكلم به الخطيب، فلانا مخاطبة وخطاباً: كالمه وحادثه وجه إليه كلاماً، ويقال: خاطبه في الأمر: حدثه بشأنه والخطاب من خطب يخطب ومخاطبة ، وهو الكلام بين المتكلم والسامع ، كما ويطلق على الرسالة المكتوبة: خطاب، وفصل الخطاب ما ينفصل به الأمر من الخطاب وفي التنزيل العزيز قال الله تعالى : ﴿وَآتَيْنَاهُ الْحِكْمَةَ وَفَصْلَ الْخِطَابِ﴾ [٥]، وفصل الخطاب أيضا الحكم بالبينة أو اليمين أو الفقه في القضاء أو النطق بما بعد أو أن يفصل بين الحق والباطل أو هو خطاب لا يكون فيه اختصار مخل ولا إسهاب ممل وتاء الخطاب مثل التاء من أنت وكاف الخطاب مثل الكاف من لك والخطاب المفتوح خطاب يوجه إلى بعض أولي الأمر علانية (الخطابة) [٦]، وبناءً على ما تقدم يمكن القول أن معنى الخطاب هو كلام طرف مفيد موجه إلى طرف آخر فالخطاب : هو الكلام الموجه المفيد أو الرسالة المكتوبة.

---

[١] ألبنا ، هيثم عبد الرحمن يعقوب (٢٠٠٠) ، **الطبيعة القانونية لالتزام البنك مصدر خطاب التعهد** ، رسالة ماجستير غير منشورة ، كلية الدراسات الفقهية والقانونية ، جامعة آل البيت ، المفرق ، الأردن ، ص ص ٧,٦.

[٢] الرازي ، محمد بن أبي بكر (ت ٦٠٠هـ/ ١٢٠٠م) ، **مختار الصحاح** ، القاهرة : دار الحديث للنشر، ١٩٩٥، ص١٨٠.

[٣] الفيروز آبادي ، محمد بن يعقوب (ت٨١٧هـ/ ١٤١٤م) ، **القاموس المحيط** ، فصل الخاء، لبنان : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ١٩٩٥،ص ١٣٠.

[٤] سورة **ص** : آية ٢٣.

[٥] سورة **ص** : آية ٢٠.

[٦] النجار ، محمد وآخرون (٢٠٠٤) ، **المعجم الوسيط** ، تحقيق : مجمع اللغة العربية ، ط٤، مصر : مكتبة الشروق الدولية ، ص ٢٤٣.

٢. **الضمان** : له عدة معان: منها الكفالة، فنقول: ضمنت الشيء ضمانا إذا كفله ، ومنها الالتزام فتقول: ضمنت المال ، إذا ألتزمته ، ومنها التغريم ، تقول ضمنته الشيء تضمينا إذا غرمته [١] ، والضمان مصدر ضمن الشيء ضماناً فهو ضامن وضمين إذا كفل به ضمن الشيء ضمناً وضماناً وضمنه إياه كفله إياه وهو مشتق من التضمن لأن ذمة الضامن تتضمن والضمان مأخوذ من الضمن فتصير ذمة الضامن من ذمة المضمون ضمن فلان فلاناً أي كفله.[٢]

وضمن : تعني ضمن الشيءَ وضمن به ، كعلم ضمانا وضمنا ، فهو ضامن وضمين كفله ، فلان ضامن وضمين كسامنٍ وسمينٍ ، وناصرٍ ونصِيرٍ ، وكافل وكفيل ، ويقال ضمنت الشيءَ ضمانا فأنا ضامن ومضمون، وفي الحدِيث أن النبي – صلى الله عليه وسلم – قال : (مَن مات في سبيل الله فهو ضامن على الله أَن يدخله الجنة) [٣] ، أي ذو ضمانٍ.[٤]

كذلك فإن العرب تقول في ضمان الدين : هذا لك في عنقي ولازم برقبَتي ، فقيل للدَّين : رداءً لأنه لزم عنق الذي هو عليه ، كالرداء الذي يلزم المنكبين إذا تردي به ومنه قيل للسيف: رداء لأن متقلّده بحمائله مترد به.[٥]

٣. العقد : عقد الشيء عقداً التوى كأن فيه عقدة ، كطرفي الحبل جعل فيه عقدة وصل أحدهما بالآخر بعقدة تمسكهما فأحكم وصلهما ، ويقال عقد البيع وعقد اليمين وفي التنزيل العزيز ﴿ وَلَٰكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ﴾ ، أي عقد عليه قلبه وضميره، فالعقد عبارة عن عقد بين طرفين .[٦]

---

[١] الفيروز آبادي ، **القاموس المحيط** ، مصدر سابق ، ص ١٥٦٤.

[٢] ألبعلي، محمد بن أبي الفتح (ت ٧٠٩ هـ / ١٣٤٩م)، **المطلع** ، تحقيق: محمد بشير الادلبي، بيروت: المكتب الإسلامي للنشر ، ١٩٨١ ، ص ٢٤٨.

[٣] أبو القاسم الطبراني ، سليمان بن أحمد (ت٣٦٠ هـ / ٩١٨م) ، **المعجم الكبير** ، تحقيق : حمدي بن عبد المجيد، ط٢ ، ج٨ ، الموصل : مكتبة العلوم والحكم للنشر ، ١٩٨٣، ص١٢٧.

[٤] الزبيدي ، محمد مرتضى بن محمد (ت١٢٠٥هـ/ ١٧٩١م)، **تاج العروس من جواهر القاموس** ،ط١، ج٣٥، بيروت ، لبنان: دار الكتب العلمية ، ٢٠٠٧، ص١٦٩.

[٥] أبو منصور، محمد بن أحمد الأزهري (ت ٣٧٠هـ / ٩٨٠م)، **تهذيب اللغة** ، تحقيق: محمد عوض مرعب ،ج١٤، بيروت: دار إحياء التراث العربي ، ٢٠٠١، ص ١٢٠.

[٦]النجار ، **المعجم الوسيط** ، مرجع سابق ، ص ص ٦١٣,٦١٤.

٤. **نقل :** نقل الشيء نقلاً أي حوله من موضع إلى موضع آخر ، والخبر أو الكلام بلغه عن صاحبه والكتاب نسخه أو إلى لغة كذا ترجمه بها . [١]

٥. **التكنولوجيا:** لقد أفتى مجمع اللغة العربية بأن معنى لفظ "تكنولوجيا" يقابله في اللغة العربية لفظ "تِقْنِية" بكسر التاء وسكون القاف وكسر النون، على أساس أن الكلمة العربية لها اغلب حروف الكلمة الأجنبية[٢]، فضلاً عن ذلك فان كلمة التقنية والإتقان مشتقة من الفعل تقن، وإتقان الأمر أحكامه[٣]، وأتقن الشيء أحكمه[٤]، قال تعالى: ﴿صُنْعَ اللَّهِ الَّذِي أَتْقَنَ كُلَّ شَيْءٍ﴾ [٥].

بمعنى أن كلمة "تكنولوجيا" ليست عربية وإنما هي كلمة مركبة ذات أصل يوناني تتكون من مقطعين هما "Techn" وتعبر عن الفن أو الإتقان و"Logos" وتعبر عن الدراسة العلمية للفنون الصناعية. [٦]

وبعد تحليل مفردات خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا في اللغة يمكن تعريفه بأنه الكلام (الرسالة) الموجه إلى طرف آخر لكفالة أو لالتزام (لتعهد) أحد طرفي العقد يضمن من خلاله تحويل التقنية من مكان إلى مكان آخر .

ثانياً / تعريف خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا في الفقه

لقد أختلف فقهاء القانون التجاري في تعريف خطاب الضمان ويعزى سبب اختلافهم ، إما للطبيعة القانونية التي يخضع لها لخطاب الضمان ، أو الأساس القانوني للالتزام المصرفي في الخطاب وعلى هذا الأساس رأى منهم أن التزام المصرف في خطاب الضمان هو التزام ناشئ عن إرادته المنفردة ، لذلك عرفه بعض الباحثين والكتاب بأنه تعهد مكتوب يصدره البنك الضامن – بناء على طلب المستورد (الآمر) – بشأن عملية محددة أو غرض محدد يلتزم بموجبه البنك بأن يدفع إلى طرف ثالث (المورد) مبلغاً معيناً من النقود عند أول طلب منه سواء كان طلباً مجرداً

---

[١] النجار ، **المعجم الوسيط** ، مرجع سابق ، ص ٩٤٩.

[٢] الكيلاني، محمود (١٩٨٨)، **عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا**، بغداد : ص ٧٩.

[٣] السبعاوي ، الطبيعة القانونية لعقد نقل التكنولوجيا ، مرجع سابق ، ص ٥٦.

[٤] الرازي ، **مختار الصحاح** ، مصدر سابق، ص٧١.

[٥] سورة النمل ، الآية :٨٨ .

[٦] جمال الدين ، صلاح الدين (١٩٩٦) ،**عقود الدولة لنقل التكنولوجيا** ، القاهرة :دار النهضة العربية ، ص٣٥.

أو مبرراً أو مصحوباً بتقديم خلال أجل محدد عادة أو غير محدد في أثناء سريان أجله رغم معارضة من المستورد المضمون والبنك الضامن .[١]

وقد عرف نفس الكاتب خطاب الضمان في مؤلف آخر بتعريفٍ مختصر حيث قال : بأن خطاب الضمان هو تعهد نهائي يصدر من البنك بناءً على طلب المستورد ونسميه (الآمر) بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المورد ذلك من البنك خلال مدة محددة ودون توقف على شرط آخر.[٢]

وعلى نفس هذا الرأي عرف بعض فقهاء القانون خطاب الضمان: بأنه صك يصدر من البنك بناءً على أمر المستورد يتعهد بمقتضاه في مواجهة المورد منه بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد طلب هذا الأخير خلال مدد محددة .[٣]

وتذهب بعض الآراء إلى أن الأساس القانوني لخطاب الضمان يخضع لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير لذلك فقد عرفوا خطاب الضمان أو خطاب التعهد كما تسميه بعض البنوك بأنه تعهد البنك بأن يدفع بناءً على طلب المستورد لصالح شخص ثالث (المورد) مبلغاً لا يتجاوز حداً معينا تأمينا عن عملية معينة هي محل علاقة المستورد بهذا المورد .[٤]

في حين يرى البعض أن تعريف خطاب الضمان مبني على أساس علاقة قانونية فيما بين مصدر الخطاب والمورد لذلك قالوا بأن خطاب الضمان هو عبارة عن علاقة قانونية فيما بين البنك والمورد يترتب عليها التزامات على عاتق البنك بدفع مبلغ من النقود عند أول طلب خلال مدة محدودة .[٥]

---

[١] عوض ، **خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية**، مرجع سابق، ص ص١١ ،١٢.

[٢] عوض ، **عمليات البنوك من الوجهة القانونية** ، مرجع سابق ، ص ٣٧٨.

[٣] القليوبي ، سميحة مصطفى (١٩٨٦) ، **القانون التجاري – عمليات البنوك – الأوراق التجارية** ، القاهرة : دار النهضة العربية ، ص٨٨.

[٤] علم الدين ، محيي للدين إسماعيل(١٩٦٧)، **خطاب الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك** ، القاهرة : عالم الكتب ، ص ص ١٢٨، ١٨٠.

[٥] الكيلاني ، محمود (١٩٩٢) ، **عمليات البنوك – الكفالات المصرفية وخطابات الضمان** ، ج١ ، الأردن : دار الجيب للنشر والتوزيع ، ص ١٤٣.

وهناك من عرف خطاب الضمان بشكل شاملاً فقال عنه بأنه : تعهد مكتوب يصدر من البنك بناءً على طلب المستورد لفائدة شخص آخر تربطه علاقة أصلية بالمستورد يعرف (بالمورد) وهو المستفيد من خطاب الضمان، وبموجب هذا التعهد يلتزم البنك التزاماً غير مشروط بأن يدفع مبلغاً معيناً أو قابلاً للتعيين من النقود لدى أول طلب يقدمه المورد للبنك خلال مدة صلاحية الضمان ، وقد يُقيد الدفع بوجود تقصير في تنفيذ الالتزام الأصلي المبرم بين المستورد والمورد ، ويكون للمورد حق تقدير المطلق للتقصير في التنفيذ . [١]

وقد عرف الخبير المصرفي المتخصص في العمليات البنكية وعمليات تمويل التجارة الدولية خطاب الضمان بأنه : تعهد يصدر من البنك بناءً على طلب المستورد (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المورد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ، ويوضح في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله . [٢]

ومن خلال النظر في التعريفات السابقة يمكن ملاحظة أن البنك هو الجهة الوحيدة والمتعهد الوحيد الذي يلجئ إليه المستورد في طلبه لإصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا في حين نجد أن هناك جهات أخرى لإصدار مثل هكذا خطابات كشركات التأمين التي تقوم بإصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا .

ومن جماع ما تقدم يمكن تعريف خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا : بأنه تعهد مكتوب يصدر من البنك أو من شركة تأمين أو هيئة أخرى بناءً على طلب المستورد لصالح المورد ، يلتزم البنك أو الشركة بموجبه بأن يودي مبلغاً معيناً أو قابلاً للتعيين عند الاستحقاق للمورد ، وذلك بناءً على مطالبة صادرة من المورد ، دون أن يعتد البنك أو الشركة بأي اعتراض من قبل المستورد ، بشرط أن تتم المطالبة بقيمة الضمان خلال المدة المحددة بالخطاب.

---

[١]عبوده ، **الكفالات البنكية في المملكة العربية السعودية: دراسة مقارنة** ، مرجع سابق ، ص٤٣

[٢]عبد الرحيم، **خطابات الضمان والاعتمادات الضامنة الكفالات في التشريعات والقواعد الدولية واتفاقية الأمم المتحدة** ،مرجع سابق، ص٢٩.

ثالثاً / تعريف خطاب الضمان في التشريعات القانونية

لقد انقسمت التشريعات القانونية في التعرض لخطاب الضمان في إطاره العام ، إلى قسمين فمنها، من تعرض له من خلال القوانين التجارية كالتشريع العراقي والمصري والكويتي والعماني ، ومنها لم يتعرض لخطاب الضمان في نصوص قوانين التجارة كالتشريع الأردني ولكن هذا لا يمنع القول بصحة خطاب الضمان في القانون الأردني . [١]

وكما ذكرنا سابقاً إن التشريع الأردني لم ينظم أحكام خطاب الضمان ، فان قانون البنوك رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٠خلا أيضا من نصوص تنظم خطاب الضمان ، إلا أنه جاء في المادة (٢) من القانون في تعريفه للائتمان بدفع مبلغ من المال من البنك إلى العميل مقابل حق استرداده مع فوائده وأي مستحقات أخرى عليه وأي ضمان أو كفالة أو تعهد يصدره البنك فالتعهد هناك قد يكون أشارة إلى خطاب الضمان الذي هو عبارة عن تعهد من البنك [٢]، بل إننا نجد إن قانون التجارة الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦، أشار إلى العقود التجارية ، ولكنه لم يأتي بشيء يذكر عن خطاب الضمان، إلا انه أشار في المادة(١٢٢) إلى العمليات التي لم ينظمها لا بد من الرجوع إلى القانون المدني ليصار إلى تطبيق أحكامه عليها [٣]، وعلى هذا الأساس عرف الكفالة بأنها " ضم ذمة إلى ذمة بتنفيذ التزام " [٤]، ولعل الحكمة من وراء ترك المشرع عدم تنظيم خطاب الضمان لأنه من العمليات المصرفية الحديثة التي لم يستقر عليها العرف المصرفي بعد [٥] ، أما تعريف خطاب الضمان في بعض التشريعات العربية التي تناولته لم تختلف من حيث المعنى وهي :-

١. التشريع العراقي

عرف المشرع العراقي خطاب الضمان بأنه " تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب احد المتعاملين معه (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد

---

[١] ألبنا ، **الطبيعة القانونية لالتزام البنك مصدر خطاب التعهد** ، مرجع سابق ، ص ٧.

[٢] المملكة الأردنية الهاشمية ، **قانون البنوك** ، **رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٠** ، الجريدة الرسمية ، العدد(٤٤٤٨) بتاريخ ١/ ٨/٢٠٠٠ ، ص (٢٩٥٠) .

[٣] المملكة الأردنية الهاشمية ، **قانون التجارة** ، **رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦**، الجريدة الرسمية ، العدد(١٩١٠) بتاريخ ٣/ ٣/ ١٩٦٦، ص (٤٧٢) .

[٤] المملكة الأردنية الهاشمية ، **القانون المدني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦**، الجريدة الرسمية ، العدد(٢٦٤٥) ، ١٩٧٦/٨/١، ص (٢)، المادة (٩٥٠) .

[٥] أبو عياد ، **وثيقة خطاب الضمان المصرفي** ، مرجع سابق ، ص ٣١.

أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب، ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من اجله ". [١]

٢. التشريع المصري

عرف المشرع المصري خطاب الضمان بأنه " تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص (يسمى الآمر) ، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (يسمى المستفيد) إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة".[٢]

٣. التشريع الكويتي

عرف المشرع الكويتي خطاب الضمان المصرفي بأنه " تعهد يصدر من البنك بناء على طلب عميل له (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (للمستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في خطاب ويعين في الخطاب الغرض الذي صدر الذي صدر من اجله " . [٣]

٤. التشريع العماني

تناول المشرع العماني بيان تعريف خطاب الضمان بأنه " تعهد يصدر من البنك بناءً على طلب عميل له (الآمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (للمستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في خطاب ويوضح الخطاب الغرض الذي صدر من اجله الخطاب ". [٤]

وخلاصة القول يتبين لنا إن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا هو أحد العمليات المصرفية الشائعة إلا انه لم تتعرض له كافة التشريعات، حيث قامت بعض التشريعات بتنظيم أحكامها وتقنين نصوصه كالتشريع العراقي والمصري والكويتي والعماني والبعض الآخر لم ينظمه كالمشرع الأردني بالرغم من أهميته باعتباره يحل محل النقود واكتفى بالقوانين العامة المنظمة للكفالة، بخلاف أغلب التشريعات العربية لتي عرفت خطاب الضمان .

---

[١] المادة (٢٨٧)، **قانون التجارة العراقي ، رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤**.

[٢] المادة (٣٥٥)، **قانون التجارة المصري ، رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩**.

[٣] المادة (٣٨٢) ، **قانون التجارة الكويتي رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠** .

[٤] المقدادي ، عادل علي (٢٠٠٦) ، **عمليات البنوك وفقاً لقانون التجارة العماني (٥٥ لسنة ١٩٩٠)** ، الإسكندرية : المكتب الجامعي الحديث ، ص ١٩١.

رابعاً / موقف القضاء من خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

لا يمكن إنكار دور القضاء في بيان موقفه من خطاب الضمان فالقضاء يلعب دوراً هامة من خلال أحكام المحاكم والوقائع المعروضة أمامه بالاستقراء والاستدلال بهذه الأحكام والوقائع لتعريف خطاب الضمان وبيان أحكامه ، لذلك سوف نبين خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا من خلال بعض الأحكام والتطبيقات القضائية وكما يلي :-

١. موقف القضاء الأردني

لم يستعمل القضاء الأردني لفظ خطاب الضمان على الوقائع والمنازعات التي كانت تعرض عليه وأبقى على استعمال لفظ الكفالة المصرفية ، بالرغم من اعتراف بوجود خصائص مميزة لهذا النوع من الكفالات ، أما في الوقت الراهن فيلاحظ أن القضاء الأردني اتجه إلى الاعتراف وبشكل صريح بوجود خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا من خلال قيامه في عدة قرارات صادرة عن محكمة التمييز الأردنية بتعريف خطاب الضمان والتأكيد على خصائصه التي تميزه عن الكفالة العادية [١] ، فقد عُرف خطاب الضمان كما ورد في إحدى قرارات محكمة التمييز الأردنية بأنه "تعهد نهائي يصدره البنك بناءً على طلب من عمليه بدفع مبلغ نقدي للمستفيد فور طلبه خلال مدة محدودة وهو التزام منقطع الصلة بالتزام المكفول، ذلك لأن خطاب الضمان ينشئ علاقة مباشرة بين البنك لا صلة لها من الناحية القانونية بالعلاقة بين البنك والمكفول أو بين المكفول والمستفيد من خطاب الضمان وان البنك في خطاب الضمان يلتزم بإرادته المنفردة وبشكل مجرد التزاما مباشراً غير معلق على شرط ودون تحقق أي واقعة خارجة عن خطاب الضمان بدفع المبلغ المحدد به إلى المستفيد فور طلبه ذلك والتزامه ليس مرتبطاً بالتزام عميله وغير تابع له ولا يتوقف عليه أو على تحقيق أي شرط أو عنصر خارج عن الخطاب لأن من أبرز خصائص خطابات الضمان المصرفية كونها مستقلة عن أصل العلاقة التي كانت سبباً لوجودها وعلى ذلك فان المستفيد من خطاب الضمان لا يستطيع الرجوع على العميل المكفول وهو هنا المميز ضده بقيمة خطاب الضمان إذ إن الخصم الحقيقي والوحيد في ذلك هو البنك الذي أصدر خطاب الضمان ".[٢]

---

[١] الكيلاني ، **عمليات البنوك – الكفالات المصرفية وخطابات الضمان**، مرجع سابق ، ص ١٦٩.

[٢] قرار محكمة تمييز حقوق ، رقم (٢٠٧٧ / ١٩٩٨) ، **المجلة القضائية** ، ١٩٩٩، الأردن : المعهد القضائي الأردني ، ص ١٩٩/٤.

لذا يلاحظ أن محكمة التمييز الأردنية قامت بتعريف خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا على اعتباره تعهد نهائي يصدره البنك بناءً على طلب المستورد بدفع مبلغ إلى المورد فور طلبه خلل مدة محددة وهو التزام منقطع الصلة بالتزام المستورد لأن خطاب الضمان ينشئ بين البنك والمورد علاقة مباشرة لا دخل لها من الناحية القانونية بالعلاقة بين البنك والمستورد أو بين المستورد والمورد من خطاب الضمان .

وبهذا التعريف يلاحظ أن القضاء الأردني قد أعترف بوجود خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا وتمييزه عن الكفالة المصرفية واستقلال التزام البنك باعتباره التزاماً منقطع العلاقة عن التزام المستورد وبخصائصه التي يتميز بها عن غيره من التصرفات المصرفية الأخرى كونه يصدر بإرادة منفردة ويصدر مجرداً مباشراً دون أن يكون معلقاً على شرط ودون تحقق أي واقعة خارجية عن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ومحل هذا الالتزام مبلغاً نقدياً يدفع إلى المورد خلال مدة محددة في عقد خطاب الضمان وفور طلبها منه وهذه الخصائص التي سنعرضها لاحقاً . [١]

وهكذا فأن الاعتراف بالفرق فيما بين الكفالة المصرفية وخطابات الضمان والتي تظهر بشكل واضح آثار كل منهما بما يؤدي إلى استقرار الأحكام القضائية بهذا الخصوص ما يبعث الاطمئنان لدى البنوك والمؤسسات المالية والمتعاملين معها ويؤدي إلى تحفيز المشرع الأردني لتنظيم أحكام خطابات الضمان بنصوص قانونية تلائم التطور التجاري في عقود نقل التكنولوجيا . [٢]

٢. موقف القضاء العراقي

" أصدرت الهيئة الاستئنافية منقول في محكمة التمييز الاتحادية قرارها الذي جاء فيه:-

أولاً: أن أحكام خطاب الضمان وردت في الفرع السابع (م/٢٨٧-٢٩٣) من قانون التجارة رقم (١٩٨٤/٣٠). وقد نصت (م/٢٨٧) التي استند عليها القرار نصت على: (خطاب الضمان تعهد يصدر من مصرف بناء على طلب أحد المتعاملين معه (الأمر) بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (المستفيد) دون قيد أو شرط إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ويحدد في خطاب الضمان الغرض الذي صدر من أجله.

---

[١] أبو عياد ، **وثيقة خطاب الضمان المصرفي** ، مرجع سابق ، ص ٣٧.

[٢] الكيلاني ، **عمليات البنوك – الكفالات المصرفية وخطابات الضمان**، مرجع سابق ، ص ١٧١.

ثانياً: يلاحظ أن الدعوى من دعاوى خطاب الضمان وان (م/٢٨٧) ما هي إلا تعريف لخطاب الضمان وان أطراف الخطاب (٤) أطراف تحكمها علاقات قانونية مختلفة .

وعليه تكون علاقات أطراف خطاب الضمان مستقلة عن بعضها البعض بطريقة تجعل التزام كل طرف من هذه الأطراف التزاماً مجرداً عن التزام بقية الأطراف الأخرى، كما أن أحكام خطاب الضمان لا تقر بوجود أي علاقة قانونية بين مقدم غطاء خطاب الضمان إلى المصرف وبين المستفيد من الخطاب مطلقاً لا من قريب ولا من بعيد وهذا أمر طبيعي لان المستفيد يجهل عادة ماهية الغطاء المقدم للمصرف وظروف تقديمه وشخصية مقدمه". [(١)]

يتبن أن محمكة التمييز العراقية قد استندت في بيان موقفها من خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا في الأحكام القضائية على القانون التجاري .

٣.موقف القضاء المصري

اصدر القضاء المستعجل المصري حكمين بتاريخ ١/٤ و ٣/٥ عام ١٩٦٠ تعرضا فيهما لخطاب الضمان ، وبدأت الأحكام القضائية الخاصة بخطاب الضمان تتوالى بعد ذلك ومنها ما تناولته محكمة النقض المصرية في أحكام خطاب الضمان وفائدته العملية بقولها " إن خطاب الضمان وان صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين (المستورد) المتعامل معه إلا أن علاقة البنك بالمستفيد (المورد) الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل (المستورد) ، إذ يلتزم البنك بمقتضى خطاب الضمان وبمجرد إصداره ووصله إلى علم المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير باعتباره حقا له يحكمه خطاب الضمان ما دام هو في حدود التزام البنك المبين به ، ويكون على المدين (المستورد) أن يبدأ بالشكوى إلى القضاء إذا قدر انه غير مدين للمستفيد (المورد) أو أن مديونيته لا تبرر ما حصل عليه المستفيد (المورد) ". [(٢)]

كذلك بينت محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها الخصائص التي يتميز بها خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا عن غيره من التصرفات القانونية الأخرى ، فبينت

[(١)] قرار محكمة تمييز الاتحادية ، رقم (١١٨٦/٢٠٠٨) ، **المجلة التشريع والقضاء** ، ٢٨/ ١٢/ ٢٠٠٨،العراق : عن طريق الموقع الالكتروني

http://www.tqmag.net/body.asp?field=news_arabic&id=327&page_namper=p5 ، تاريخ الدخول ، ١٥ / ٢/ ٢٠١٥ .

[(٢)] عوض ، **عمليات البنوك من الوجهة القانونية** ، مرجع سابق ، ص ص٣٩٢ ، ٣٩٣ .

"أن خطاب الضمان لا يتوقف الوفاء به على واقعة خارجية أو على شرط ولا على حلول أجل معين ولا يغير من ذلك أن يرتبط تنفيذه بأسباب ترجع إلى المستفيد (المورد) من خطاب" [١] ، وقضت محكمة استئناف القاهرة بأن "الأصل أن خطاب الضمان هو تعهد نهائي يصدر من البنك بناءً على طلب الآمر بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين بمجرد أن طلب المستفيد منه ذلك ، على أن لا يجوز للبنك أن يرفض الوفاء للمستفيد بسبب يرجع إلى علاقة البنك بالآمر أو إلى علاقة الآمر بالمستفيد ، ومتى ما أوفى البنك المستفيد المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان حل محله في الرجوع على الآمر بقدر المبلغ المدفوع ". [٢]

وعرفته المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه " تعهد يلتزم البنك بموجبه بناء على أمر عميله (المستورد) بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين للمستفيد (المورد) بمجرد طلب الأخير له خلال مدة معينة) . [٣]

وبناء على هذا يكون القضاء المصري قد فرق بين خطابات الضمان وغيرها من العمليات المصرفية الأخرى خاصة الكفالات المصرفية من خلال أحكام المحاكم القضائية التي أكدت على استقلال البنك وعدم ارتباطه بأي علاقة سابقة سواء كانت علاقة البنك بالمستورد أو علاقة المستورد بالمستفيد ، إضافة إلى اعتبار خطاب الضمان غير مشروط ومبلغ الوفاء معين أو قابل للتعيين على خلاف الكفالة المصرفية التي تكون مشروطة يكون مبلغ الوفاء غير معين فالمصرف لا يكفل تنفيذ النقص وإنما يكفل دفع قيمة النقص حيث.[٤]

---

[١] عوض، **خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية** ، مرجع سابق ، ص ٢٧ .

[٢] بكر ، إبراهيم (١٩٨٢) ، **الكفالات الشخصية و الكفالات المصرفية**، الأردن : معهد الدراسات المصرفية البنك المركزي الأردني ، ص ٣٤.

[٣] العامري ، رشاد نعمان شايع (٢٠١٣) ، **الخدمات المصرفية الائتمانية في البنوك الإسلامية** ، الإسكندرية : دار الفكر الجامعي ، ص ٤٢٥.

[٤] أبو عياد ، **وثيقة خطاب الضمان المصرفي** ، مرجع سابق ، ص٣٨.

ويرى بعض الفقهاء إن كان خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا مشروطاً فهو كفالة مصرفية تخضع لأحكام الكفالة العادية في القانون المدني، وان كان غير مشروط، أي مجرد فهو خطاب الضمان مستقل عن التزام المستورد .[١]

وبعد استعراض موقف القضاء من خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا نجد أن جميع الأحكام والقرارات المتعلقة به ، قد توافقت في الاعتراف بخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا وتمييزه عن الضمانات الأخرى ، سواء ما يتعلق بصفة الاستقلال أو التجريد بين علاقة البنك مع المستورد أو علاقة المستورد بالمورد .

الفرع الثاني

عناصر خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

من خلال ما سبق يتضح أن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا يتكون من عدة عناصر وهي :-

أولا/ عقد نقل التكنولوجيا

وهو العقد الأساس الذي تم بين المستورد الآمر بإصدار خطاب الضمان والمورد المستفيد من خطاب الضمان والمستقبل له ، والذي نتج عنه إصدار خطاب الضمان ، فهذا العقد يولد روابط تبعية لا يقوم إلا بها ، ومن ضمن هذه الروابط التبعية صلب المورد من المستورد إصدار خطاب ضمان لحماية الأسرار التكنولوجية ، ويعرف عقد نقل التكنولوجيا بأنه : " اتفاق يتعهد بمقتضاه مورد التكنولوجيا بان ينقل بمقابل معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا (المتلقي) لاستخدامها في طريقة فنية خاصة لإنتاج سلعة معينة أو تطويرها أو لتركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات" ثم ذكرت هذه المادة استثناءً بعدم اعتبار عقود بيع أو شراء أو استئجار العلامات والأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها عقودا لنقل التكنولوجيا إلا إذا كانت جزءا منها أو مرتبطة بها" .[٢]

---

[١] القليوبي ، سميحة مصطفى (١٩٧٣) ، **النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف بالنسبة إلى الغير**، القاهرة : الشركة المصرية للطباعة والنشر ، ص ١٤.

[٢] المادة (٧٣) ، **قانون التجارة المصري ، رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩.**

ثانيا /عقد خطاب الضمان

وهو العقد الذي يتم بين المستورد والبنك حيث يقوم البنك بإصدار خطاب الضمان بصيغة معينة إلى المورد الذي سيستفيد منه بناءً على طلب المستورد ، على أن يلتزم بتقديم تأمين وعمولة للبنك ويتعهد بتعويض البنك إذا قام بدفع قيمة خطاب الضمان للمورد [١] ، حيث يقدم طالب إصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا طلباً للبنك يحدد فيه مبلغ الضمان ومدته والجهة المستفيدة والغرض من خطاب الضمان ، ويجب أن تكون لدى البنك القناعة بالمستورد قبل قيامه بإصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا من ناحية الكفاءة المالية كفيلة بالوفاء بالتزامه فيما إذا طلب منه دفع قيمة الخطاب أو تمديده ، أما إذا كان مبلغ خطاب الضمان كبيراً فإن البنك يطلب عادة تأمينات لقاء ذلك ،إما أن تكون رهناً عقارياً أو رهن أسهم في شركات أو بإيداع أوراق مالية لدى البنك يسهل تحويلها إلى مبلغ نقدي فيما لو طلب من البنك دفع قيمة الخطاب من أموال مودعيه إذا اقتضى الأمر من قبل بنك خارجي معروف. [٢]

ثالثا/ المستورد

وهو الآمر للبنك الذي يطلب منه إصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا لصالح المورد ، وبصيغة معينة ، تنفيذاً لتعهده في عقود نقل التكنولوجيا وهو أحد الأطراف في عقد نقل التكنولوجيا. [٣]

رابعا / المورد

هو الذي يصدر خطاب الضمان لصالحه من البنك وقد يكون شخصاً خاصاً أو عاماً ، وقد عرف على انه " الطرف المضمون له وصاحب الحق الذي التزم له به الضامن " وهو طرف في عقد نقل التكنولوجيا المبرم مع المستورد ويعتبر غريباً عن خطاب الضمان حتى يقبله بشكل صريح أو ضمني ، وعادة ما تكون وزارة مسئولة عن تنفيذ مشاريع الدولة أو الجهة صاحبة المشروع المراد إقامته أو إنشاؤه أو تنفيذه أو أي شخص طبيعي أو اعتباري ، وهو صاحب الحق

---

[١] **أنظر ملحق رقم : (١).**

[٢]أبو زيد ، بكر (١٩٨٦)، خطاب الضمان ، **مجلة مجمع لفقه الإسلامي** ، ٢(٢) ، ١٠٣٧ - ١٠٤٥، جدة : منظمة المؤتمر الإسلامي، ص ١٠٣٩.

[٣]عوض، **خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية** ، مرجع سابق ، ص ص ٤٣ ، ٤٤.

بمطالبة من قام بإصدار خطاب الضمان (البنك) ، بأن يقوم بدفع مبلغ خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا. [١]

خامسا / البنك المصدر

وهو البنك الذي يصدر خطاب الضمان لصالح المورد ويرسله بناء على طلب المستورد ويتعهد بطلب المستورد بدفع المبلغ المحدد للمورد ، بالشروط الواردة فيه ويعد خطاب الضمان مستقلاُ تماماً عن عقد نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية [٢]، على أن يقدم المستورد طلب يبن فيه رغبته في الحصول على هذا التعهد وأن البنوك تعد نماذج خاص بذلك. [٣]

والبنوك عندما تصدر خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا تأخذ من المستورد ما يقابل هذا الإصدار ، من عمولة وفوائد ومصاريف إدارية نتيجة الأعمال والإجراءات التي تقوم بها وهكذا تواصل البنوك التجارية إلى مزاولة نشاطاتها التي تبرر وجودها وتستمد من القيام بها أرباحها بالاضطلاع تارة بمركز الدائن ، وتارة أخرى بالمدين ، ولهذا فإن البنوك تصدر خطابات الضمان لما تدره عليها من ربحاً وفيراً ، كما لا تخلوا من مخاطر قد تتعرض لها . [٤]

وقد يكون في خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا أكثر من بنك ، فقد يكون هناك بنك آخر وهو البنك المؤيد للضمان وهذا البنك لا يكتفي بإبلاغ المورد بخطاب الضمان الذي صدر لمصلحته من البنك المصدر(الأول) ، ولكن يضيف إلى تبليغه تأييده مما يؤدي إلى التزام هذا البنك بالتزامات الضامن ، فيصبح أمام المورد ملتزمان يستطيع أن يطالب أيهما شاء بدفع قيمة خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا . [٥]

---

[١] درويش ، احمد عبد الله وفؤاد توفيق ياسين (١٩٩٦) ، **المحاسبة المصرفية** ، عمان : دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع ، ص ١٦٤.

[٢] أبو عياد ، **وثيقة خطاب الضمان المصرفي** ، مرجع سابق ، ص ص ١٣، ١٤.

[٣] **أنظر ملحق رقم : (٤)**

[٤] السالوس ، علي احمد (١٩٨٦)، خطاب الضمان ، **مجلة مجمع لفقه الإسلامي** ، ٢(٢) ، ١٠٥٥- ١٠٩٥، جدة : منظمة المؤتمر الإسلامي ، ص ١٠٧٤.

[٥] عوض ، **خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية**، مرجع سابق، ص ٤٥.

سادسا / قيمة الضمان

الأصل أن تُحدد قيمة خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بمبلغ معين ، ولكن قد يصدر خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا دون تحديد قيمة خطاب الضمان على أن يتعهد فيه البنك أن يضمن المستورد في كل ما يسببه من ضرر للغير أي للمورد ، ولا يدفع البنك إلا قدر الضرر الذي يثبت للمورد أي قد يخرج خطاب الضمان عن معناه الحقيقي ،ويقع التزام المستورد في دفع مبلغ خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا الى البنك. [١]

هذه أهم العناصر التي يقوم عليها خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا والتي تساعد في تكوين عملية إصداره عند اجتماعها ، ولكن ما هي خصائص خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ؟

المطلب الثاني

خصائص خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

يتميز خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بعدة خصائص عامة تتشابه مع سائر العقود الأخرى من حيث أنه عقد رضائي وملزم لجانب واحد من جانب وملزم لجانبين من جانب آخر ويقوم على اعتبار شخصي وهو ذات طابع تجاري ، وهناك خصائص جوهرية يتميز بها خطاب الضمان على أنه عقد مستقل ، وكذلك أن خطاب الضمان يعتبر ذو كفاية ذاتية ومجرد الالتزام، كما أن التزام البنك في خطاب الضمان محله دائماً الوفاء بمبلغ نقدي خلال مدة محددة لدى أول طلب وفيما يلي تفصيلاً لهذه الخصائص في فرعين :-

الفرع الأول

الخصائص العامة لخطاب الضمان

يتمتع خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بالعديد من الخصائص العامة التي يشترك فيها مع بقية العقود الأخرى وهي:-

---

[١] عوض ، **عمليات البنوك من الوجهة القانونية** ، مرجع سابق ، ص ٣٨١.

أولا / عقد رضائي

لا ينعقد خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا إلا إذا توافرت به الشروط الموضوعية لانعقاد أي عقد بصفة عامة ، من توافق الإيجاب مع القبول لإبرام هذا العقد ، بمعنى أن يتم انعقاد خطاب الضمان بمجرد تلاقي الإيجاب مع القبول ، لذلك لا يستلزم شكليه معينة ، فلا تعد الكتابة ركناً لانعقاده وإن كانت وسيلة إثبات لخطاب الضمان ، فمتى ما صدر تعهد من البنك بناء على طلب المستورد بدفع مبلغ من النقود خلال فترة محددة ووصل هذا الخطاب إلى علم المورد ولم يرفضه فقد تم إبرام العقد ولا يستطيع البنك الرجوع عن تعهده بإرادة منفردة حيث يعد إصدار البنك للخطاب بمثابة إيجاب موجه للمورد ، وعدم رفض المورد يعتبر قبولاً ضمنياً له. [١]

ثانياً/ ملزم لجانب واحد

يتميز التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا عن التزام المستورد بأنه التزام ناشئ من إرادته المنفردة ، مما يجعله التزاماً باتا ونهائياً بمجرد إصدار خطاب الضمان ووصوله إلى علم المورد وبالتالي لا يستطيع البنك الرجوع فيما التزم به من تعهد بدفع مبلغ معين أو قابلاً للتعيين بمجرد طلب المورد، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكم لها في ١٩٦٩/٥/٢٧ حيث قررت أن التزام البنك بالوفاء للمستفيد بمقتضى خطاب الضمان يتم بمجرد إصداره ووصوله إليه. [٢]

إلا إن هناك من أعتبر خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ملزم للجانبين [٣]، وهو عقد إصدار خطاب الضمان الذي يتم بموجبه الاتفاق بين العميل الآمر(المستورد) والبنك المصدر للخطاب على إصدار الخطاب فهو عقد ملزم لجانبين ذلك انه يرتب التزامات متبادلة فيما بين البنك الذي يلتزم بإصدار الخطاب والمستورد الذي يلتزم بتقديم الغطاء ودفع الفوائد والعمولات إلى غير ذلك من الالتزامات لذلك يكون ملزم بين البنك والمستورد تجاه بعضهما الآخر . [٤]

---

[١] أبو صد ، **أحكام خطابات الضمان المصرفية** ، مرجع سابق ، ص ١٤.

[٢] ألشواربي ، عبد الحميد (١٩٩٢) ، **العقود التجارية** ، الإسكندرية : منشأة معارف ، ص ص ٥٥٤، ٥٥٥.

[٣] موسى ، طالب حسن (٢٠١١) ، **الأوراق التجارية والعمليات المصرفية** ، ط١ ، عمان ، الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ص ٢٩٥.

[٤] أبو صد ، **أحكام خطابات الضمان المصرفية** ، مرجع سابق ، ص ١٦.

ومن خلال ما تقدم يتضح أن خطاب الضمان عقد ملزم لجانب واحد بين البنك والمستورد تجاه المورد حيث يكون البنك ملزم دون المستورد ، وعقد ملزم للجانبين فيما بين البنك والمستورد لأن خطاب الضمان يولد العديد من الالتزامات بين طرفي العقد .

ثالثاً/ عقد قائماً على اعتبار شخصي

إن عقد إصدار خطاب الضمان الذي يتم انعقاده بين المستورد والبنك هو عقد قائم على اعتبار شخصي ، والاعتبار الشخصي ملحوظ في خطابات الضمان ، إذ لا يرضى البنك بضمان المستورد إلا لثقته فيه ومقدرته على تنفيذ الالتزامات التي تعهد بها ، لذلك يقال عن الضمان انه يقوم على اعتبار شخصي يتمتع به المستورد دون غيره ، والمقصود بذلك أنه لا يصدر بناء على طلب أي مستورد آمر ، بل بناءً على مستورد بالذات دون غيره ، وهذا معهود في كل التسهيلات المصرفية ، كما يترتب على ذلك عدم جواز التنازل عن خطاب الضمان ولو تنازل المستورد عن عقد نقل التكنولوجيا الذي صدر الخطاب بمناسبته ، لذلك تعد شخصية المستورد محل اعتبار لدى البنك مصدر الخطاب .

ولكن السؤال الذي يثار حول شخصية المورد هل تعد محل اعتبار لدى البنك هي الأخرى ؟ لقد أختلف فقهاء القانون التجاري في ذلك في ذهب بعضهم بقوله : من ناحية المستفيد (المورد) هذا الاعتبار قائم كذلك ، لان الضمان للمستفيد (المورد) بالنظر إلى أمانته وحسن نيته ، أنه لا يتوقع أن يطلب وفاءه غشاً منه . [(١)]

بمعنى أن البنك يهمه أن يصدر تعهده للمورد عرف عنه انه لا يطلب قيمة الخطاب تعسفاً أو لأي سبب مهما كان صغيراً لأن الخطاب واجب الدفع لدى أول مطالبة دون الالتفات لأي معارضة من المستورد – باستثناء الأمر القضائي بعدم الدفع- فالبنك ملزم بالوفاء فور تلقيه طلب الوفاء من المستورد أثناء فترة سريان الخطاب والتي يكون فيها البنك قد استوفى فقط مبلغاً تأمينياً يعادل من (٢٥% – ٥%) من قيمة خطاب الضمان والمبلغ الباقي من (٧٥%- ٩٥%) من قيمة الخطاب سوف يدفعه البنك من أمواله الخاصة والتي هي في الواقع تمثل أموال المودعين والتي يدفع عنها البنك فوائد لعملائه ، وهذا يمثل خسارة للبنك ، لذلك فان شخصية المورد هي محل اعتبار لدى البنك . [(٢)]

[(١)] عوض، **خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية** ، مرجع سابق ، ص ص ٩٩-١٠٠.

[(٢)] أبو صد ، **أحكام خطابات الضمان المصرفية** ، مرجع سابق ، ص ١٧.

ويترتب على ذلك أن خطاب الضمان شخصي لا يجوز للمورد تظهيره إلى غيره ، ولا يعتبر ورقة تجارية ، بل لا يجوز للمستورد أن يتنازل عنه لأي شخص آخر بأي طريقة ولا بالتبعية لتنازله عن عقد نقل التكنولوجيا الأصلي، وذلك لعدم الفائدة من تداوله فليس له قيمه في ذاته، فلا يكون لحائزه حق لمجرد الحيازة . [١]

ويذهب رأي في الفقه ، خلاف ما اخذ به معظم الفقهاء وهو أن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا لا يمثل حقاً شخصياً للمورد ، لان الحق يكون شخصي أذا كان متصلاً بطبيعته بشخص المورد كما أن البنوك تبرم مع عملائها عقود القروض وخطابات الضمان نظراً لما توليه من ثقة واعتبار في شخصية المستورد لا بشخص المورد ، لذلك تكون شخصية المورد ليست محل اعتبار لدى البنك ، بخلاف المستورد فشخصيته دائماً محل اعتبار للبنك الذي يقوم بعملية إصدار خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا. [٢]

وخلاصة القول في شخصية المورد محل اعتبار لدى البنك أم لا ؟ نقول أن شخصية المورد في خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا لا تمثل محل اعتبار لدى البنك وذلك لأن المورد دائماً يكون من بلد أجنبي غير بلد البنك ، لأن عقود نقل التكنولوجيا تتميز بالطابع الدولي وتدخل أكثر من بنك في إصدار خطاب الضمان وهذا ما يسمى (بخطاب الضمان المقابل)، فلا يتصور في هذا النوع أي اعتبار لشخصية المورد .

رابعاً / عقد تجاري

يعد إصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا أحد عمليات البنوك التجارية لذلك فهو عقد تجاري حيث أشار بذلك قانون التجارة الأردني بأن الأعمال التالية بحكم ماهيتها الذاتية أعمالا تجارية برية ، ومن ضمن هذه الإعمال الواردة في الفقرة (د) هي : أعمال الصرافة والمبادلة المالية ومعاملات المصارف العامة والخاصة [٣]، كما أكد ذلك المشرع العراقي في قانون التجارة على اعتبار أن الأعمال التالية أعمالاً تجارية إذا كانت بقصد الربح ، ويفترض فيها هذا القصد ما

---

[١] حنون ، محمد حسن (٢٠٠٥) ، **الأعمال الخدمات المصرفية في المصارف التجارية والإسلامية** ، عمان ، الأردن : ص ص ٢٧٣، ٢٧٤.

[٢] السيد ، عادل إبراهيم (١٩٩٨) ، **مدى استقلال التزام البنك في خطاب الضمان والاعتماد ألمستندي** ، مصر: دار النهضة العربية ، ص ٧٥.

[٣] المادة (٦ /١) ، فقرة (د)، **قانون التجارة الأردني ، رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦.**

لم يثبت العكس ، ومن ضمن هذه الأعمال الواردة في الفقرة الثالثة عشر : عمليات المصارف [١]، وكذلك إذا كان خطاب الضمان صادر من البنك فقد حكم أن جميع أعمال البنوك ومن بينها إصدار خطاب الضمان يعتبر عملاً تجارياً طبقاً لنص الفقرتين (٤ ، ٥) من المادة (٢) من قانون التجارة المصري ولو تمت بصفة منفردة لصالح شخص غير تاجر.[٢]

أما المشرع الكويتي أعتبر معاملات البنوك من الأعمال التجارية بقطع النظر عن صفة القائم بها ونيته ، حيث جاء ذلك في قانون التجارة في الفقرة الأولى من المادة الخامسة [٣] ، وتقابلها المادة (٩) في الفقرة السابعة من قانون التجارة العماني إلي عدت بوجه خاص الأعمال الآتية أعمالاً تجارية : ومن ضمانها معاملات المصارف العامة والخاصة وأعمال الصرافة والمبادلة المالية.[٤]

يتضح من خلال النصوص الواردة في القوانين التجارية أعلاه أن خطاب الضمان يتميز بأنه عقد تجاري دائماً ، لأنه يعتبر من أعمال المصارف التي تنص عليها معظم القوانين التجارية ، إذا كان القصد من وراء خطاب الضمان تحقيق الربح ، وبمفهوم المخالفة تنعدم هذه الخصوصية إذا كان الأمر على خلاف ذلك ، كأن يكون البنك قد قام بإصدار خطاب الضمان من أجل قرضه حسنة مثلاً ، فالصفة التي تميزه على أنه عقد تجاري دائماً هي صفة الربح من وراء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، إلا أن المشرع الكويتي غض النظر عن نية القائم بها وعلق العمل على المعاملات التي تقوم بها البنوك باعتبارها أعمالاً تجارية .

الفرع الثاني

الخصائص الجوهرية لخطاب الضمان

هناك خصائص جوهرية وخاصة يتمتع بها خطاب الضمان وهي : استقلال الالتزام في خطاب الضمان عن العقود المنشئة له، وأنه ذو كافية ذاتية ومجرد، كما أن التزام البنك في خطاب الضمان محله دائماً الوفاء بمبلغ نقدي خلال مدة محددة لدى أول طلب، وفما يلي بيان ذلك:-

---

[١] المادة (٥)، فقرة (١٣) ، **قانون التجارة العراقي ، رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤** .

[٢] عوض ، **خطابات الضمان المصرفية** ، مرجع سابق ، ص ١٥٨.

[٣] المادة (٥) ، **قانون التجارة الكويتي ، رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠**.

[٤] المادة (٩)، **قانون التجارة العماني ، رقم (٥٥) لسنة١٩٩٠** .

أولا / استقلال الالتزام

يعتبر مبدأ استقلال الالتزام لخطاب الضمان في عقد نقل التكنولوجيا عن العقود المنشئة له عماد النظام القانوني لهذا الخطاب والذي يميزه عن غيره من الترتيبات القانونية المشابهة له كالاعتماد ألمستندي والكفالة ، فخطاب الضمان الذي يصدره البنك مستقل عن العلاقة التعاقدية بين المورد والمستورد في عقد نقل التكنولوجيا ، كما أنه مستقل عن العقد المبرم بينه وبين المستورد وتعد هذه العلاقات وأن كانت ترتبط ببعضها موضوعياً إلا إنها مستقلة قانونياً. (١)

وبناءً على ذلك يكون البنك ملتزماً بصفته مديناً أصيلا بالوفاء أمام المورد بمجرد مطالبته بالوفاء، فلا يكون التزاماً تابعاً لالتزام المستورد في وجوده وصحته ، ولا يستطيع البنك الاحتجاج ببطلان العلاقة بين المورد والمستورد أو فسخها أو بطلان علاقة البنك مع المستورد أو فسخها لكي يتحلل من التزامه بالوفاء تجاه المورد (٢) ، فاستقلال التزام البنك عن الروابط التي أدت إلى نشأته يرتب عدة نتائج أهمها :-

١. أنه ليس تابعاً كما هو شأن الكفالة .
٢. هو عقد مستقل، ومنفصل عن عقد نقل التكنولوجيا فينظر إلى خطاب الضمان وحده لمعرفة مدى التزام البنك الضامن .
٣. يعد هذا الاستقلال عملاً بمبدأ عدم الاحتجاج بدفوع عقد نقل التكنولوجيا أو أي رابطة أخرى ، فليس للبنك التمسك بعيوب علاقته بالمستورد أو بإفلاسه ولا بعيوب عقد نقل التكنولوجيا وخاصة البنك الضامن الأول ولا المورد فالدعاء ببطلان عقد نقل التكنولوجيا لا يؤثر على الضمان . (٣)

ويثور التساؤل حول الاستقلال الذي يتمتع به التزام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان للمورد عن علاقته بالمستورد في عقد نقل التكنولوجيا فوراً بمجرد المطالبة دون رفض الوفاء من تلقاء نفسه، هل هو استقلال مطلق أم ترد عليه بعض القيود؟

---

(١)عارف ، **خطابات الضمان في مقاولة الإنشاءات (الفيديك)** ، مرجع سابق ، ص ٢٤.

(٢)دويدار ،هاني محمد (١٩٩٤) ، **العقود التجارية والعمليات المصرفية** ، الإسكندرية : دار الجامعة الجديدة للنشر، ص ص ٢٣٣، ٢٣٤.

(٣)عوض ، **خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية**، مرجع سابق ، ص ص ٨٩ ، ٩٠ .

رأينا في تطبيق قواعد الضمان في مبدأ استقلال التزام البنك المقرر لصالح المورد ، والذي يستطيع التوصل إلى قيمة خطاب الضمان بمجرد مطالبة البنك دون التفات إلى عقد نقل التكنولوجيا الذي يربطه بالمستورد ، إلا انه ومع ذلك فان لكل قاعدة ترد عليها بعض الاستثناءات أو القيود فالقيود التي ترد على مبدأ استقلال التزام البنك والتي حاول الفقه والقضاء إيضاحها في الغش والتعسف الظاهر الصادر من المورد، لذلك يتراجع مبدأ استقلال التزام البنك ويفقد سبب وجوده بالنسبة لخطاب الضمان في عقد نقل التكنولوجيا ، وبالتالي فان طلب الوفاء المنطوي على التعسف أو الغش يجب رفضه استناداً إلى المبدأ العام القائل بأن " الغش يفسد كل شي ". [١]

ثانياً / ذو كفاية ذاتية

أن مبدأ الكفاية الذاتية عرف في الأوراق التجارية وهو " أن تتضمن هذه الورقة من البيانات ما يكون كافياً لتعيين الالتزام المصرفي وتحديد مداه ، بحيث يكون مجرد الرجوع إلى هذه الورقة كافياً للوقوف على ذلك " [٢]، بحيث يجب أن يتوافر شرط الكفاية الذاتية لخطاب الضمان في عقد نقل التكنولوجيا على أن يكون متلازماً معه إذ إن التزام البنك لا يجوز أن يتوقف على عنصر خارجي لا في مقداره ولا في استحقاقه [٣]، وبالرجوع إلى أحكام القضاء الأردني نجد أن محكمة التمييز أوردت أحكاما على سبيل المثال لخطاب الضمان بقولها : " أن يكون لهذا الخطاب كفايته الذاتية فلا يرتبط استحقاق المبلغ الوارد فيه بعنصر خارجي عنه ".[٤]

لذلك يمتاز خطاب الضمان في عقد نقل التكنولوجيا بهذه الميزة والتي تكفي بذاتها دون أن ترتبط بأي اتفاقات خارجة عليه ، مما يترتب على ذلك أن خطاب الضمان في عقد نقل التكنولوجيا يكفي وحده في إثبات حق المورد الثابت به دون حاجة للرجوع إلى وثائق أخرى أو أوراق أو وقائع أو مستندات لإثبات ذلك ، على نحو يمكن خطاب الضمان من أداء دوره في عقود نقل التكنولوجيا والتي أرادها له المستورد لتحل محل النقود شأنها شأن الأوراق التجارية لكي تمثل عامل من عوامل الثقة والطمأنينة لدى المورد .

---

[١] السيد ، **مدى استقلال التزام البنك في خطاب الضمان والاعتماد ألمستندي**، مرجع سابق ، ص ص ١٠٥ – ١٠٨ .

[٢] أبو عياد ، **وثيقة خطاب الضمان المصرفي**، ص ١٠٤.

[٣] دويدار ، **العقود التجارية والعمليات المصرفية** ، مرجع سابق ، ص٢٣٤.

[٤] قرار محكمة تمييز حقوق رقم (٢٤٦٢ / ١٩٩٩) ، **المجلة القضائية** ، ٢٠٠٠ ، الأردن : المعهد القضائي الأردني ، ص ٤/٢٤٦.

ثالثاً / مجرد الالتزام

أن المقصود بأن خطاب الضمان مجرد الالتزام ، وهو أنه مجرد عن السبب ، فهو التزام مستقل عن علاقة البنك بالمستورد ، كما أنه التزام مستقل عن علاقة المستورد بالمورد وبالتالي لا يجوز للبنك أن يتمسك بدفوع مستمدة من علاقة البنك بالمستورد ، فلا يستطيع رفض دفع المبلغ لعدم تنفيذ المستورد لالتزامه ، وكذلك يمتنع على البنك أن يتمسك بدفوع مستمدة من علاقة المستورد بالمورد ، مثل فسخ العقد ، أو الدفع بعدم تنفيذه .[١]

ولكن هناك من يرى ، أنه التزام مسبب ، أي أن الإرادة تستند إلى سبب و أن تعهد البنك سببه عقد نقل التكنولوجيا الذي يضمنه ، ففي ضمان رد الدفعة المقدمة سبب تعهد البنك هو في دفع الدفعة المقدمة من جانب المورد فمتى دفعت الدفعة فقد وجد سبب الضمان ، وفي ضمان حسن التنفيذ ، سبب التعهد هو في إبرام عقد نقل التكنولوجيا ، فإذا لم يبرم ، كان تعهد البنك باطلاً لأنه بلا سبب والعبرة هي بوجود السبب وقت نشأة التعهد وأما عدم التمسك بالدفوع المستمدة من العلاقة بين المستورد والبنك ، أو بين المستورد والمورد فأنه ناتج عن استقلال التزام البنك وليس عن تجريده .[٢]

و خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا أنه مجرد الالتزام ومصدره من النص الذي يدرج فيه متضمناً تعهد البنك بالدفع "عند أول مطالبة من المورد ، رغم أي معارضة قد تصدر من المستورد " فالشطر الأول من هذا التعهد يعني أن البنك لن يثير أي دفوع تجاه علاقته مع المستورد ، والشطر الثاني يعني أن البنك لن يتمسك بأي دفوع تكون للمستورد قبل المورد وبهذا المعنى يعد خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بأنه خطاب مجرد .[٣]

رابعاً / محدد المدة

يتميز خطاب الضمان في عقد نقل التكنولوجيا بأن التزام البنك يكون دائماً مبلغاً من النقود معيناً أو قابلاً لتعيين في مدة محددة ، فخطاب الضمان يمتاز بالفورية كخصيصة ملازمة له ، لأن المورد بقبوله لخطاب الضمان يتمتع بميزة السداد الفوري ، وعلى ذلك يدفع البنك مبلغ خطاب الضمان خلال المدة المحددة إذا طلب منه دون مناقشة المورد في مدى قيامه بتنفيذ

---

[١] ألبنا ، **الطبيعة القانونية لالتزام البنك مصدر خطاب التعهد** ، مرجع سابق ، ص ٢٤.

[٢] عوض ، **خطابات الضمان المصرفية** ، مرجع سابق ، ص ص ١٦٠ ، ١٦٢.

[٣] علم الدين ، **خطاب الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك** ، مرجع سابق ، ص ٢٣٢.

التزاماته قبل المستورد في عقد نقل التكنولوجيا إلا إذا كان خطاب الضمان مشروطاً، أي نص على عدم الدفع إلا عند تحقيق شرط معين .[١]

وبمفهوم المخالفة لا يلتزم البنك تجاه المورد إذا انتهت هذه المدة المتفق عليها في خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا ، وفي الختام يمكن أن نوجز الخصائص الخاصة بخطاب الضمان في عقد نقل التكنولوجيا بالنقاط التالية :-

١. خطاب الضمان في عقد نقل التكنولوجيا محرر مكتوب ، يحمل توقيع أشخاص مفوضين من البنك .
٢. خطاب الضمان في عقد نقل التكنولوجيا تعهد شخصي من البنك بدفع مبلغ معين فوراً للمورد لدى أول طلب بصفته مدين أصيل استناداً إلى استقلال العلاقات ، بالرغم من أية معارضة قد تصدر من المستورد إذا كان غير معلق على شرط .
٣. الأصل أن خطاب الضمان في عقد نقل التكنولوجيا محدد المدة .
٤. خطاب الضمان في عقد نقل التكنولوجيا لا يلزم صدور قبول المورد بل يكفي عدم رفضه أو الاعتراض عليه.
٥. حق المورد في خطاب الضمان لعقد نقل التكنولوجيا ذو طابع شخصي لا يجوز التنازل عنه أو تظهيره ، وانه مجرد.[٢]
٦. خطاب الضمان في عقد نقل التكنولوجيا ذو كفاية ذاتية لا يحتاج حامله لإثبات حقه فيه.[٣]

---

[١]الكيلاني ، **عمليات البنوك – الكفالات المصرفية وخطابات الضمان،** مرجع سابق ، ص ١٨٨.

[٢]أبو صد ، **أحكام خطاب الضمان المصرفي** ، مرجع سابق ، ص ٢٢.

[٣]طلافحة ، محمد عبد الله علي (٢٠٠٠) ، **الكفالات المصرفية في الفقه الإسلامي والقانون الأردني:دراسة فقهية مقارنة،** رسالة ماجستير غير منشورة ،كلية الدراسات الفقهية والقانونية ، جامعة آل البيت ، المفرق ، الأردن ، ص٢٩.

المبحث الثاني

تكييف خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

لقد اختلفت الآراء حول التكييف القانوني لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا وأنقسم الفقهاء والباحثين في هذا الشأن إلى أربعة أراء في ظل النظريات التي ذهبت في تكييف خطاب الضمان ، فذهب الرأي الأول إلى القول بأن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا يتضمن عقد كفالة ، يكفل البنك به المستورد المتعاقد مع المورد في تنفيذ التزامه المتفق عليه في عقد نقل التكنولوجيا والمبرم بين المورد والمستورد إذا اخل المستورد بالوفاء بهذا الالتزام وعلى هذا الأساس يمكن تكييفه على أساس الكفالة ، في حين ذهب الرأي الثاني إلى اعتبار أن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا من قبيل الإنابة القاصرة فالبنك يعتبر نائبا عن المستورد عند إصداره لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا فأساس خطاب الضمان هو الإنابة القاصرة ،هذه النظريات التقليدية التي فسرت خطاب الضمان ، في حين اتجهت النظريات الحديثة في تفسير خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا إلى تكييفه على أساس الاشتراط لمصلحة الغير حيث يعتبر التزام البنك فيه التزاماً مجرداً تجاه الغير، وأما الرأي الآخر فقد رأى بإن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا مصدره الإرادة المنفردة ، ووفقاً لهذا فإن البنك يلتزم بمفرده في خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا ، بين هذه الآراء سالفة الذكر اختلف فقهاء القانون بين مؤيد ومعارض ، الأمر الذي يجعلنا أن نبين هذه الآراء للوقوف على التكييف القانوني لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بوصفه تعهداً نهائي ومنجزاً بأن يدفع البنك بناءً على طلب المستورد مبلغاً معيناً أو قابلاً للتعيين للمورد دون شرط أو قيد ، فما هو التكييف القانوني لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ؟ هذا ما سوف نبينه من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين بحسب النظريات التي ذهبت إلى تكييف خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا وهي:-

المطلب الأول / الطبيعة القانونية في ظل النظريات التقليدية

المطلب الثاني / الطبيعة القانونية في ظل النظريات الحديثة

المطلب الأول

الطبيعة القانونية في ظل النظريات التقليدية

لقد أنقسم الفقهاء في ظل النظريات التقليدية التي ذهبت في تكييف خطاب الضمان إلى قسمين فذهب الرأي الأول إلى القول بأن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا يتضمن عقد كفالة ، وعلى هذا الأساس يمكن تكييفه على أساس الكفالة ، في حين ذهب الرأي الثاني إلى اعتبار أن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا من قبيل الإنابة القاصرة فالبنك يعتبر نائبا عن المستورد عند إصداره لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا فأساس خطاب الضمان هو الإنابة القاصرة . لذلك سيتم تقسم هذا المطلب إلى نظرية الكفالة كأساس قانوني لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا في الفرع الأول ، ونظرية الإنابة القاصرة كأساس قانوني لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا في الفرع الثاني .

الفرع الأول

نظرية الكفالة

تعد نظرية الكفالة [١] ، إحدى النظريات التي فسرت الطبيعة القانونية لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا حيث يرى أنصار هذه النظرية بأن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ما هو إلا كفالة يكفل البنك المستورد المتعاقد مع المورد في تنفيذ التزامه ، أذا أخل المستورد بالوفاء بالتزامه أمام المورد حيث يفرض في الكفالة أنها تنعقد على شرط عدم الوفاء من قبل المورد [٢] ، وعلى ذلك سوف نبحث في هذا الفرع نظرية الكفالة في نقطتين نعرض في النقطة الأولى نظرية الكفالة ، ومن ثم يتم تقدير نظرية الكفالة في النقطة الثانية :-

أولاً / عرض نظرية الكفالة

ذهبت عدة آراء إلى القول بأن أساس التزام البنك عند إصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا هو عقد كفالة وذلك نتيجة لما يتضمنه خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا الذي يكون على شكل نماذج ، بدفع المبلغ المحدد الذي تكفل به البنك في خطاب الضمان خلال المدة

---

[١] الكفالة : هي ضم ذمة إلى ذمة في مطالبة بتنفيذ التزام. **القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٦٧**، المادة (٩٥٠) .

[٢] الجمهورية العراقية ، **القانون المدني، رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١**، الوقائع العراقية، العدد (٣٠١٥) ، بتاريخ ٨ /٩ /١٩٥١ ، ص(٢٤٣) ، المادة (١٠٢١) .

المحددة عندما تم الانعقاد برضاء الكفيل الدائن فالكفالة "هي عبارة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام للدائن بأن يفي بهذا إذا لم يف به المدين نفسه ". [١]

اذاً فالكفالة عقد رضائي وكذلك خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ينعقد برضاء البنك والمستورد ، فيعبر البنك عن رضاء بإصدار خطاب الضمان لصالح المورد ، ويرى أنصار هذه النظرية إن أطراف خطاب الضمان ثلاثة هم : البنك والمستورد والمورد وكذلك في الكفالة هم الكفيل والمكفول والمكفول له ، وأن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا عقد ملزم لجانب واحد هو البنك (الكفيل) ، وان التزام الكفيل لا ينشأ مستقلاً بذاته ، بل تابعاً لالتزام أصلي يقع على عاتق المدين ، وهذا الالتزام الأصلي هو الذي يقصد الكفيل ضمان الوفاء به ، وانه يجوز في الكفالة وخطاب الضمان الدين المستقبلي ، وكذلك فأن الدائن (المورد) يرجع إما على الكفيل المتضامن (المستورد) وإما على البنك في خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا. [٢]

ويرى أنصار نظرية الكفالة إن سبب التزام البنك هو تقديم خدمة إلى المستورد للحصول على الربح من الفائدة المالية التي يحصل عليها ، فإذا كان الباعث الدافع باطلاً وكان المستفيد (المورد) يعلم بها ، أو من السهل عليه العلم بها ، كانت كفالة البنك باطلة .[٣]

والكفالة من العقود التي تفسر تفسيراً ضيقاً ، لذلك فهي لا تفترض ولا تكون بشروط أقسى من شروط التزام المكفول ، ويجب أن يكون قصد الكفالة لدى البنك قصداً واضحاً ويفسر الشك فيها لمصلحته ، كما ويجمع أنصار نظرية الكفالة على إن كفالة البنك هي كفالة تضامنية سواء نص على ذلك صراحة أو لا ، وليس معنى ذلك إن الدائن يلتزم بان يتعقب المدين أولا أو يسعى إلى تجريده من أمواله قبل أن يطالب الكفيل إذ الدائن بالخيار في أن يبدأ بمطالبة أيهما شاء ، وفقاً لما تضمنه القانون المدني الأردني بقوله أن للدائن مطالبة الأصيل أو الكفيل أو مطالبتهما معاً وإنما المقصود بالتزام البنك بالدفع إذا تخلف المدين عنه أما إذا وفى المدين برئت ذمة البنك. [٤]

---

[١]ألبنا ، **الطبيعة القانونية لالتزام البنك مصدر خطاب التعهد** ، مرجع سابق ، ص ٥١.

[٢]علم الدين ، **خطاب الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك** ، مرجع سابق ، ص ١٤٣.

[٣]أبو جماعة ، سوزان علي محمد (٢٠٠٥) ، **استقلال التزام البنك في خطاب الضمان** ، رسالة ماجستير غير منشورة ، كلية القانون ، ، جامعة آل البيت ، المفرق ، الأردن ، ص ٢٩.

[٤]علم الدين ، محي الدين إسماعيل (١٩٨٧) ، **موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية** ، ج١، القاهرة : شركة مطابع الطناني ، ص ص ٦١٩ ، ٦٢٠ .

كذلك يذهب أنصار نظرية الكفالة في خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا اعتبار أن كفالة المدين في الديون التجارية هي من قبيل الكفالة المدنية وليست تجارية ، حتى لو كان الكفيل تاجراً وفقاً لما تضمنه القانون المدني العراقي . [١]

وذهبت آراء معدلة على نظرية الكفالة أن خطابات الضمان هي كفالات ، تعتبر عملاً مدنياً ، على الرغم من أن البنك تاجراً ، ويرجع البنك بعد الوفاء على المستورد ، طبقاً لقول أنصار نظرية الكفالة بمقتضى القواعد المدنية العادية للكفالة ويكون ذلك إما بالدعوى الشخصية وهي دعوى الكفالة وإما بدعوى الإثراء بلا سبب وإما بدعوى الحلول القانوني . [٢]

هذه أهم الآراء التي ذهب إليها أنصار نظرية الكفالة في تفسير الأساس القانوني لخطاب الضمان وسنرى مدى توافق أقوال أصحاب هذه النظرية مع واقع خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا في النقطة الثانية .

ثانياً / تقدير نظرية الكفالة

لقد استطاعت نظرية الكفالة أن تفسر بعض الآثار التي تترتب على خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، ولكن هذا يجعلنا أن نغض النظر عن الجانب الآخر الذي عجزت عنه نظرية الكفالة في تفسير خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا على أساس الكفالة ، فالتكييف القانوني لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا يجب أن يتم بتفسير جميع الآثار التي تنتج عن إصداره دون حاجة أن نلجئ إلى الافتراضات أو إلى محاولة إدخال نظم قانونية تخالف ما استقر عليه العرف المصرفي ، إذ إن الفرق كبير بين مهمة الفقيه ووظيفة المشرع . [٣]

ولعل أول ما يُلفت إليه النظر من انتقاد لنظرية الكفالة من خلال تعريف الكفالة بأنها عقد بين الكفيل والدائن ، فالمدين لا علاقة له بعقد الكفالة ويمكن أن تتم الكفالة بغير علمه أصلاً ، بل رغم معارضته . [٤]

---

[١] وهذا ما أكدته المادة (١/١٠١٦) بقولها : إن " كفالة المدين في دين تجاري تعتبر كفالة مدنية، حتى لو كان الكفيل تاجرا " ، **القانون المدني العراقي ، رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.**

[٢] علم الدين ، **خطاب الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك** ، مرجع سابق ، ص ص ١٣٣- ١٤١.

[٣] علم الدين ، **موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية** ، مرجع سابق ، ص ٦٢٨.

[٤] السالوس ، **الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة (دراسة في الفقه الإسلامي مقارنا القانون)** ، مرجع سابق ، ص ص ٢٠ – ٢٣.

أما خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا فأن العقد المبرم بين البنك والمستورد هو الذي ألزم البنك بأن يدفع إلى المورد عند طلبه مبلغاً معينا أو قابلاً للتعيين هو مبلغ الخطاب لذلك فان خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا يتم عن طريق عقد بين البنك والمستورد (المدين) ولا توجد علاقة عقدية بين البنك والمورد (الدائن) ، ومن هنا يظهر أن تعريف عقد الكفالة لا ينسجم مع طبيعة التزام البنك مصدر خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا.[١]

وثاني انتقاد نجده من خلال تطبيق نصوص القانون المدني الأردني المتعلقة بالكفالة على خطاب الضمان بأن الدائن مخيراً في البدء بمطالبة المدين أو الكفيل أو أيهما شاء ، فيكون للدائن الرجوع مباشرة على مدينه دون الرجوع على الكفيل مما لا ينطبق على طبيعة خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا والتي تمتاز باستقلال التزام البنك عن التزام المستورد فيكون على المورد مطالبة البنك مباشرة ، إذا لم يقوم المستورد بالوفاء متعسفاً أو لعدم قدرته على ذلك جاز للمورد الرجوع على المستورد على أساس إخلاله بعقد نقل التكنولوجيا لا على أساس عقد خطاب الضمان. [٢]

وإذا سلمنا جدلاً بصحة ما ينادي به أنصار نظرية الكفالة من رجوع الدائن على الكفيل أو المدين أيهما شاء ، فان ذلك يؤدي إلى تمكين المورد من تقاضي مبلغ خطاب الضمان مرتين مرة من المستورد لأنه مدين ، ومرة أخرى من البنك لأن خطاب الضمان ورقة قابلة للصرف رغم معارضة المستورد أو أدعائه الوفاء ، وهذا ينافي واقع خطاب الضمان حيث إن المورد لا يستطيع إلا مطالبة البنك بمبلغ خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا. [٣]

وثالث هذه الانتقادات هي اختلاف الأطراف بين عقد الكفالة وخطاب الضمان فأطراف عقد الكفالة هما الكفيل والدائن وذلك لأن التعريف الصحيح لطرف العقد : هو انه ذلك الذي يساهم في إبرامه لمصلحة مباشرة يبتغيها منه تتعارض مع مصلحة الطرف الآخر وتتعلق آثاره بشخصه ، من خلال هذا التعريف يتبين انه ليس في عقد الكفالة سوى طرفين : الكفيل والدائن.[٤]

ورابع الانتقادات التي توجه إلى أصحاب نظرية الكفالة ما ذهبوا إليه أن كفالة البنك عمل مدني والواقع خلاف ذلك ، فعملية إصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا تقوم على

---

[١]ألبنا ، **الطبيعة القانونية لالتزام البنك مصدر خطاب التعهد** ، مرجع سابق ، ص ٥٥.

[٢]أبو جماعة ، **استقلال التزام البنك في خطاب الضمان : دراسة مقارنة** ، مرجع سابق ، ص ص٣١، ٣٢.

[٣]ألبنا ، **الطبيعة القانونية لالتزام البنك مصدر خطاب التعهد** ، مرجع سابق ، ص ٥٦.

[٤]علم الدين ، **موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية** ، مرجع سابق ، ص ص ٦٢٩,٦٣٠.

عمل تجاري بنص المادة (١/٦) في الفقرة (د) من القانون التجارة الأردني التي اعتبرت أعمال الصرافة اعملاً تجارية [١] ، وتقابلها المادة (٥ / ١٣) من القانون التجارة العراقي [٢]، والفقرتين (٤,٥) من الماد (٢) من قانون التجارة المصري [٣]، والمادة (٥ /١) من قانون التجارة الكويتي [٤] ، والمادة (٩ / ٧) من قانون التجارة العماني . [٥]

وخامس الانتقادات التي توجه إلى أنصار نظرية الكفالة في عقد الكفالة انه عقد تابع فالتزام الكفيل في عقد الكفالة لا ينشأ مستقلاً بذاته بل تابعاً لالتزام أصلي يقع على عاتق المدين ، وهذا لا ينطبق على خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا لأن التزام البنك مستقلاً وليس تابعاً لالتزام المستورد في عقد نقل التكنولوجيا كما هو الحال في عقد الكفالة [٦]، هذا وأهم الانتقادات الموجهة إلى أنصار نظرية الكفالة بقولهم أن كفالة البنك تضامنية وتمنع الكفيل من الدفع بالتجريد قول لا يمنع تبعية التزام الكفيل لالتزام المدين وارتباطه به وجودا وعدماً ، وان فكرة التضامن لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا لا تصلح لمنع البنك من التجريد . [٧]

ويتبن مما سبق أن الكفالة لا تصلح أساساً لتفسير جميع الآثار التي تنتج عن إصدار خطاب الضمان وأمام هذه الانتقادات هجر الفقهاء نظرية الكفالة كأساس قانوني في تكييف خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا ، وقالوا بأن خطاب الضمان نوع خاص إلا أن هذا القول ترد عليه نفس الانتقادات على نظرية الكفالة لهذا لجأ بعض الفقهاء إلى العدول عن هذه النظرية وذهبوا إلى القول بأن الأساس القانوني لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا هو نظرية الإنابة القاصرة .

---

[١] **قانون التجارة الأردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦.**

[٢] **قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٤٨.**

[٣] **قانون التجارة المصري (١٧) لسنة ١٩٩٩.**

[٤] **قانون التجارة الكويتي رقم (٦٨) لسنة١٩٨٠.**

[٥] **قانون التجارة العماني (٥٥) ١٩٩٠ .**

[٦] طلافحة ، **الكفالات المصرفية في الفقه الإسلامي والقانون الأردني** ، مرجع سابق ، ص ٨٧.

[٧] عمر ، **النظام القانون لخطابات الضمان المصرفية** ، مرجع سابق ، ص ٣٢٣.

الفرع الثاني

نظرية الإنابة القاصرة

بما أن نظرية الكفالة قد عجزت عن تفسير جميع الآثار التي تنتج عن إصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا فهي لا تصلح لتكييف خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، لذلك أتجه الفقه إلى الأخذ بنظرية الإنابة القاصرة كأساس قانوني لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، وعلى هذا سوف يتم تقسيم هذا الفرع إلى نقطتين نعرض في النقطة الأولى نظرية الإنابة القاصرة ومن ثم يتم تقدير نظرية الإنابة القاصرة في النقطة الثانية :-

أولاً /عرض نظرية الإنابة القاصرة

الإنابة القاصرة عمليه قانونية تتم بين المنيب والمناب والمناب لديه وتفترض الإنابة وجود اتفاقين : إحداهما بين المنيب والمناب ، إذ يأمر المنيب المناب بان يلتزم في مواجهه المناب لديه وأما الاتفاق الثاني فيكون بين المناب والمناب لديه ، إذ يلتزم المناب في مواجهه المناب لديه ويلتزم هذا أن يتوافر رضا ثلاثة أشخاص هم المنيب والمناب والمناب لديه ، والى ذلك ذهب المشرع العراقي بقوله أنها " تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي بوفاء الدين مكان المدين " [1]، والإنابة القاصرة كثيرة الوقوع في الحياة العملية فهي تساعد المدين – المنيب – على أن يبرئ ذمته من خلال تكليف شخص آخر قد يكون مدينه –المناب – بالوفاء نيابة عنه، وغالبا ما يوافق الدائن على الإنابة ، لأنه لا يخسر شيئا، بل يكسب ضمانا وفرصه مضافة لوفاء دينه ، ولا تترتب عليها براءة ذمة المنيب من دين المناب لديه، بل يبقى المنيب مدينا إلى جانب المناب ويكون معه للمناب لديه مدينان وتسمى هذه الإنابة بالإنابة القاصرة أو الناقصة لعدم قدرتها على إبراء المنيب . [2]

وذهب أصحاب نظرية الإنابة القاصرة إلى أن التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا أساسه عقد الإنابة القاصرة ، فالبنك يعتبر نائباً عن المستورد في إصداره لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا وتفسير ذلك أن المستورد عند إبرامه لعقد نقل التكنولوجيا يلتزم بتقديم تأمين نقدي يوضع تحت تصرف المورد علاوة على التزامه الأصلي بتنفيذ عقد نقل التكنولوجيا وبدلاً من تقديم التأمين النقدي يتفق مع البنك بالوفاء به إلى جواره وإذا

---

[1] المادة (٤٠٥)، **القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١**.

[2] العموري، ضمير حسين (٢٠٠٨) ،الالتزام التضامني ، **مجلة جامعة بابل** ، ١(١٥) ، ١٢٠ – ١٣٢، العراق: جامعة بابل ، ص ١٢٦.

قبل المورد هذا الضمان تم عقد الإنابة ، عندها ينشأ التزام البنك (المناب) في مواجهة المناب لديه (المورد) وهذا الالتزام أصلي ومباشر ومستقل عن التزام المستورد .[١]

وتُنشئ الإنابة القاصرة بين كل من المستورد والبنك والمورد علاقات متعددة بين المنيب (المستورد) والمناب لديه (المورد) يظل الأول مديناً للثاني ولا تبرأ ذمته إلا إذا أوفى المناب بالالتزام الجديد الذي في ذمته للمناب لديه (المورد) والذي نشأ عن عقد الإنابة القاصرة ذلك انه بمجرد أن يقوم أحدهما بالوفاء للمورد تبرأ ذمة الآخر .[٢]

كما أن هناك علاقة بين المستورد والبنك ، فإذا أوفى البنك قيمة الضمان للمورد كان له حق الرجوع على المنيب بدعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب بحسب الأحوال ، وفيما يتعلق بالعلاقة بين المورد والبنك فهي السمة البارزة في الإنابة القاصرة ، حيث يكون للمناب لديه مدينان وهما مدينه الأصلي وهو المستورد والمدين الجديد وهو (البنك) .[٣]

ويستطيع المورد أن يرجع على أيهما شاء دون أن يلتزم بترتيب معين ، فإذا وفاه أحداهما برئت ذمة الاثنين معاً نحوه ، ويلاحظ انه إذا كان للمورد مدينان فان مصدر دين كل منهما مستقلاً عن مصدر دين الآخر ، فمصدر دين المستورد هو مصدر دين الالتزام الأصلي ومصدر دين البنك هو عقد الإنابة ، ومن ثم لا يكون هناك تضامن بين المدينين ، كذلك لا يعتبر المناب كفيلاً للمنيب (المستورد) ، ويذهب أنصار هذه النظرية إلى أن الدين الذي أنشأته الإنابة في ذمة البنك للمورد هو دين مجرد لا يتأثر بالعلاقة بين البنك والمستورد ، ونتيجة لذلك يستطيع البنك التمسك بدفوع المستورد في مواجهة المورد ، دون أن يستطيع أن يتمسك بدفوعه قبل المدين .[٤]

هذه أهم الآراء التي ذهب إليها أنصار نظرية الإنابة القاصرة في تفسير الأساس القانوني لخطاب الضمان وسنرى مدى توافق هذه النظرية مع واقع خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا في النقطة الثانية .

---

[١] علم الدين ، **خطاب الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك** ، مرجع سابق ، ص ١٤٩.

[٢] أبو جماعة ، **استقلال التزام البنك في خطاب الضمان : دراسة مقارنة** ، مرجع سابق ، ص ٤٥.

[٣] عمر ، **النظام القانون لخطابات الضمان المصرفية** ، مرجع سابق ، ص ٣٢٨.

[٤] القليوبي ، **النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف بالنسبة إلى الغير**، مرجع سابق، ص ص ٦٩ ، ٧٠.

ثانياً / تقدير نظرية الإنابة القاصرة

تبدو أن نظرية الإنابة القاصرة موفقة أكثر من نظرية الكفالة إلا أنها لا تصلح كأساس قانوني لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا وذلك لأن الإنابة القاصرة تنعقد بين كل من المناب والمناب لديه ، وهذا مالا يتفق وعملية إصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية ، فخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا يصدر من البنك بناءً على عقد بينه وبين المستورد ، ولا وجود لإرادة المورد (المناب لديه) في هذا العقد ، لذلك لا يعتبر في التزامه بخطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا نائباً عنه أو كفيلاً للمستورد بل يكون ملتزماً بصفته أصيلاً.[1]

كذلك من النقد الذي يوجه إلى فكرة الإنابة القاصرة القول بأن المستورد يظل ملتزماً إلى جوار البنك في مواجهة المورد بقيمة الضمان ، فأن الأمر على خلاف ذلك في خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا حيث أن إصدار خطاب الضمان لا يرتب التزام المستورد إلى جانب البنك في التأمين النقدي ، بل يصبح البنك هو الملتزم الوحيد أمام المورد فلا يستطيع مطالبة المستورد بقيمة خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا [2]، وبناءً على ذلك لا يستطيع المورد أن يسلب مبلغ التأمين النقدي من أي المدينين (المستورد والبنك) وله الحرية في مطالبه أيهما شاء ، وذلك لأن مطالبة المورد للمستورد تقتصر على ما التزم به في عقد نقل التكنولوجيا ، وحينما يطلب المورد مبلغ التأمين فعليه أن يوجه طلبه إلى البنك لا للمستورد ، والقول بغير ذلك يمكن المورد أن يتقاضى مبلغ خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا مرتين مرة من البنك ومرة أخرى من المستورد لان الخطاب ورقة قابلة للصرف رغم معارضة المستورد .[3]

وأخيراً فإن القائلين بنظرية الإنابة القاصرة يؤسسون رجوع البنك على المستورد بعد وفائه للمورد ، على أحكام الوكالة إذا ما وجد اتفاق بينهما أو الفضالة ، كما إذا وافق البنك على حد سريان صلاحية خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا دون موافقة المستورد اعتبار ذلك شأنا عاجلاً من شئون المستورد أو على أساس الإثراء بلا سبب ، وفي الحقيقة أن أساس رجوع البنك على المستورد في خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا لا يحتاج إلى مثل هذه الافتراضات فمما لا شك فيه أن البنك لا يتعهد للمورد من تلقاء نفسه ، وإنما يتعهد بذلك بناء على طلب المستورد

---

[1] عمر ، **النظام القانون لخطابات الضمان المصرفية** ، مرجع سابق ، ص ٣٣٢.

[2] طلافحة ، **الكفالات المصرفية في الفقه الإسلامي والقانون الأردني: دراسة فقهية مقارنة**، مرجع سابق ، ص٨٨.

[3] علم الدين ، **موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية** ، مرجع سابق ، ص ٦٣٧.

وذلك لان عقد خطاب الضمان بين المستورد والبنك أساس رجوع البنك على المستورد بناء على شروط العقد وقيوده ، وغالباً ما نجد هذه العقود تتضمن الاحتياطات الكافية لضمان حق البنك .[١]

وبناء على ما تم بيانه يتضح أن نظرية الإنابة القاصرة هي الأخرى لا تصلح كأساس قانوني لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بوصفه تعهداً نهائي ومستقلاً عن التزام المستورد وعن التزام المورد .

وأمام ذلك عجزت النظريتين التقليديتين في بيان طبيعة خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ظهرت نظريات جديدة وصفت بأنها حديثة لبيان الطبيعة القانونية لخطاب الضمان فما هي النظريات الحديثة التي ذهبت في تفسير خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ؟

المطلب الأول

الطبيعة القانونية في ظل النظريات الحديثة

اتجهت النظريات الحديثة في تفسير تكييف خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا على أساس الاشتراط لمصلحة الغير، حيث يعتبر التزام البنك فيه التزاماً مجرداً تجاه الغير، وأما الرأي الآخر فقد رأى بان خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا مصدره الإرادة المنفردة وفقاً لهذا فإن البنك يلتزم بمفرده في خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا، بين هذه الآراء سالفة الذكر اختلف فقهاء القانون بين مؤيد ومعارض، الأمر الذي يجعلنا أن نبين هذه الآراء للوقوف على التكييف القانوني لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا، من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين وهما:-

الفرع الأول

نظرية الاشتراط لمصلحة الغير

نظراً لعجز النظريات السابقة عن تفسير جميع الآثار التي تنتج عن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، فقد اتجه الفقه الحديث إلى الأخذ بنظرية الاشتراط لمصلحة الغير كأساس لتفسير جميع الآثار الناتجة عن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا وعلى هذا سوف نقسم هذا الفرع إلى نقطتين ، نعرض في النقطة الأولى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ومن ثم يتم تقدير نظرية الاشتراط لمصلحة الغير في النقطة الثانية :-

---

[١] القليوبي ، **النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية**، مرجع سابق ، ص ٧٣.

أولاً /عرض نظرية الاشتراط لمصلحة الغير

أمام عجز النظريات التقليدية في تفسير الأساس القانوني لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ظهرت نظرية الاشتراط لمصلحة الغير كأساس قانوني لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا كنظرية حديثة ، باعتبارها تتسع لعدد من التصرفات القانونية الثلاثية فالاشتراط لمصلحة الغير هو " عقد يشترط فيه أحد المتعاقدين ويسمى المشترط على الطرف الآخر ويسمى المتعهد التزاماً لمصلحة شخص ثالث ليس طرفاً في العقد يسمى المنتفع بحيث ينشأ عن هذا العقد حق مباشر قبل المتعهد ". [١]

ومن خلال هذا التعريف يتضح أن طرفا التعاقد لمصلحة الغير هما المشترط (المستورد) والمتعهد (البنك) ، أما المنتفع (المورد) فهو ليس طرفاً في عقد خطاب الضمان بل شخص في الاشتراط لمصلحة الغير ومع ذلك فان المتعهد (البنك) يلتزم في مواجهته بناءً على عقد خطاب الضمان بحيث يكون له حق مباشر قبله يستطيع أن يطالبه به ، فالاشتراط لمصلحة الغير يكون ثنائياً في تكوينه ثلاثياً في آثاره . [٢]

فأصحاب نظرية الاشتراط لمصلحة الغير يرون أن المشترط يتعاقد باسمه مع المتعهد على إنشاء حق مباشر للمنتفع ، وانه يلتزم توافر مصلحة شخصية مادية أو أدبية لدى المشترط ، وهذا الشرط يتفق مع خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا حيث يتعاقد المستورد (مشترطاً) مع البنك (متعهداً) على إنشاء حق مباشر للمورد يلتزم البنك بالوفاء به . [٣]

ويرى أصحاب هذه النظرية وجود ثلاثة أشخاص في عملية خطاب الضمان إحداهما أجنبي عن العقد المبرم فيما بين الاثنين الآخرين ، وانصراف نية أحد الأطراف لإعطاء أجنبي حقاً مباشراً كعنصر من عناصر عقد الاشتراط لمصلحة الغير ، إضافة إلى توافر مصلحة المشترط (المستورد) والذي له مصلحة مادية واضحة ، في ذلك يجعل تكييف العلاقة بين أطراف خطاب الضمان على أنها اشتراط لمصلحة الغير أمراً منطقياً موافقاً للقانون . [٤]

---

[١]سوار ، محمد وحيد (١٩٧٨) ، **شرح القانون المدني** ، **النظرية العامة للالتزام** ، ج١، دمشق: جامعة دمشق ، ص ٣٠٠.

[٢]طه ، غني حسون (١٩٧١) ، **الوجيز في نظرية العامة للالتزام** ، ج١ ، بغداد: مطبعة المعارف ، ص٣٢٩.

[٣]علم الدين ، **خطاب الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك** ، مرجع سابق ، ص ص ١٩٧ ، ١٩٨.

[٤]الكيلاني ، **عمليات البنوك – الكفالات المصرفية وخطابات الضمان**، مرجع سابق ، ص ٢٠٥.

ويقر أصحاب نظرية الاشتراط لمصلحة الغير أن الذي يميز عقد الاشتراط لمصلحة الغير هو المتعهد (البنك) بالتمسك بالدفوع الناشئة عن عقد الاشتراط في مواجهة المنتفع (المورد) مع أن هذا غير جائز في خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا نتيجة لما يتميز به خطاب الضمان من صفة التجريد ، لذلك حاول أنصار هذا الرأي إيجاد أساس آخر لتفسير التجريد الذي يتمتع به خطاب الضمان إلى جوار الاشتراط لمصلحة الغير ، هذا الأساس هو العرف الذي يستجيب للحاجات العملية .[١]

هذه أهم الآراء التي ذهب إليها أنصار نظرية الاشتراط لمصلحة الغير في تفسير الأساس القانوني لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا وسنرى مدى توافق هذه النظرية مع واقع خطاب الضمان في النقطة الثانية .

ثانياً / تقدير نظرية الاشتراط لمصلحة الغير

بالرغم من أن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير قد تبدو من الظاهر أنها تفسر طبيعة خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، ورغم كل المحاولات المبذولة من أنصارها لتقريب أحكامها من عميلة إصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا إلا أن فكرة الاشتراط لمصلحة الغير لا تصلح كأساس قانوني لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، وذلك لأنها لا تنسجم مع الآثار التي تنتج عن عملية خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، ولا تتماشى مع خصائصه التي يمتاز بها .[٢]

يضاف إلى ذلك أن في الاشتراط لمصلحة الغير يجوز للمتعهد أن يدفع بمطالبة المنتفع له بكل الدفوع التي ترد على عقد الاشتراط لمصلحة الغير ، كالبطلان ، والفسخ لعدم التنفيذ ، أو الهلاك دون الدفوع الخاصة بالمشترط ، كالمقاصة مثلاً ، أما في خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا فلا يستطيع البنك التمسك قبل المورد بأي دفع مستمد من عقد نقل التكنولوجيا الذي ابرمه مع المستورد ، لان التزام البنك التزام مجرد ، أي مجرد عن السبب فهو التزام مستقل العلاقة عن علاقة البنك بالمستورد كما انه مستقل عن علاقة المستورد بالمورد ، فلا يجوز للبنك أن يتمسك بدفوع مستمدة من علاقة البنك بالمستورد.[٣]

---

[١]عمر ، **النظام القانون لخطابات الضمان المصرفية** ، مرجع سابق ، ص ص٣٣٥، ٣٣٦.

[٢]الكيلاني ، **عمليات البنوك ـــ الكفالات المصرفية وخطابات الضمان**، مرجع سابق ، ص ٢٠٦

[٣]عوض ، **خطابات الضمان المصرفية** ، مرجع سابق ، ص ص ١٦٣، ١٦٤.

وقد اعترف أصحاب نظرية الاشتراط لمصلحة الغير بهذا النقد وردوا عليه بأن العرف هو الذي يفسر ميزة التجريد الذي يتمتع به خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا وبذلك فان أنصار نظرية الاشتراط لمصلحة الغير يرون أن الأساس الذي يصلح لتفسير صفة التجريد الذي يتمتع به خطاب الضمان إلى جوار الاشتراط لمصلحة الغير ،هو العرف الذي يستجيب للحاجات العملية إلا أن هذا الرأي ينقد بالقول انه لا يجوز فصل أهم خصائص عقد الاشتراط التي تمكن المتعهد من التمسك بالدفوع الناشئة عن العقد في مواجهة المنتفع ، والالتجاء إلى العرف لتأسيس خاصية التجريد التي يتصف بها التزام البنك مصدر خطاب الضمان مما يؤكد عجز هذه النظرية عن تفسير واقع الالتزام البنك الذي يقوم بإصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا.[١]

وبالنتيجة يظهر قصور نظرية الاشتراط لمصلحة الغير في تفسير الأساس القانوني لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا.

الفرع الثاني

نظرية الإرادة المنفردة

ذهب الفقه الحديث إلى الأخذ بنظرية الإرادة المنفردة [٢]، كأساس قانوني لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بعد أن عجزت النظرية السابقة عن تفسير جميع الآثار التي تنتج عن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، وعلى هذا الأساس سوف نقوم في هذا الفرع ببيان نظرية الإرادة المنفردة من خلال نقطتين ، نعرض في النقطة الأولى نظرية الإرادة المنفردة ومن ثم يتم تقدير نظرية الإرادة المنفردة في النقطة الثانية :-

أولاً /عرض نظرية الإرادة المنفردة

ظهرت الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام حديثاً، وتؤسس هذه النظرية على سلطان الإرادة وما يلزم الشخص نفسه، فالتصرف القانوني الانفرادي هو عمل قانوني يتم وينتج آثاره بإرادة واحدة، وهو بهذا يختلف عن العقد الذي هو عمل قانوني بإرادتين، ووفقاً لهذه النظرية فان الالتزام في خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا لا ينتج عن تلاقي إرادتين ، وإنما عند أرادة واحدة

---

[١]ألبنا ، **الطبيعة القانونية لالتزام البنك مصدر خطاب التعهد** ، مرجع سابق ، ص ٩٣.

[٢]الإرادة المنفردة : هي تصرف قانوني يصدر عن شخص بهدف إحداث اثر قانوني ، من دون حاجة إلى إرادة ثانية تتوافق معها وهي بهذا تختلف عن العقد الذي هو اتفاق إرادتين على إحداث اثر قانوني ؛ صالح ، فواز (٢٠١٢) ، الإرادة المنفردة بوصفها مصدرا للالتزام (دراسة مقارنة) ، **مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية** ، ٢٨(١) ، ص ص ١٣٣-١٦٣، سوريا : جامعة دمشق ،ص ١٣٣.

وهي إرادة البنك مصدر خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا والذي لا يستطيع التذرع بأي سبب لتحلل من التزامه الذي أفرغه في خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا الذي وجهه إلى المورد.[١]

وهناك عدد من النتائج التي تترتب على التزام البنك ناشئ عن إرادة منفردة وهي :-

١. عدم اشتراط قبول المورد خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بل يكفي أن يصل إلى علمه حتى يتم التأكد من حقه ، ويفترض العلم متى تم تسليم خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا للمورد ، عندها يكون التزام البنك ناشئ بإرادة منفردة .[٢]
٢. إن التزام البنك بإرادته المنفردة يجعل التزامه باتاً ونهائياً بمجرد إصداره ووصوله إلى علم المورد ، وبالتالي لا يستطيع البنك الرجوع بما التزم به أو تعديله حيث إن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا يتضمن تعهداً نهائيا بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين بمجرد طلب المورد .[٣]
٣. كما يترتب على التزام البنك بناء على إرادته المنفردة أنه يلتزم في خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا تجاه المورد بصفته أصيلاً وليس نائباً عن المستورد ونتيجة ذلك استقلال التزام البنك عن العلاقة الأخرى التي تثور بمناسبة خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا كعلاقة البنك بالمستورد أو علاقة هذا الأخير بالمورد.[٤]
٤. لا يجوز دفع مطالبة المورد بأي دفع ناشئ عن علاقة أخرى من العلاقات السابقة بين البنك والمستورد أو بين المورد والمستورد، إذ أن الالتزام مختلف بأشخاصه ومصدره.
٥. إن الإرادة المنفردة معرضة لأن يعيبها كل ما يعيب الإرادة من غلط أو إكراه وتتعرض لعوامل الفسخ والانقضاء.[٥]
٦. إن الالتزام الناشئ عن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا حرفي التنفيذ ، أي بمعنى آخر إن الحق مندمج في الصك المثبت له.[٦]

---

[١]الكيلاني ، **عمليات البنوك – الكفالات المصرفية وخطابات الضمان،** مرجع سابق ، ص ص ٢٠٦ ،٢٠٧.

[٢]عمر ، **النظام القانون لخطابات الضمان المصرفية** ، مرجع سابق ، ص٣٤٢ .

[٣] أبو جماعة ،**استقلال التزام البنك في خطاب الضمان : دراسة مقارنة** ، مرجع سابق ، ص ٦٢

[٤] القليوبي ، **النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية،** مرجع سابق ، ص ٩٠.

[٥]عوض ، **خطابات الضمان المصرفية** ، مرجع سابق ، ص ١٣٣.

[٦]علم الدين ، **خطاب الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك** ، مرجع سابق ، ص ١٦٤.

ثانياً / تقدير نظرية الإرادة المنفردة

بالرغم من أن هذه النظرية قد رجحها بعض الباحثين القانونيين كأساس قانوني لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، إلا إنها لم تسلم من بعض الانتقادات التي وجهت إليها في تفسير طبيعة التزام البنك مصدر خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا .

فمن الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية أن اعتبار التزام البنك التزاماً بالإرادة المنفردة تجزئة العلاقات المتشابكة والمرتبة على خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا فالتصرف بالإرادة المنفردة يجب أن يكون صادراً عن إرادة صاحبه وحده دون أن يتوقف على مساهمة من احد غيره والأمر على خلاف ذلك في خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا الذي يتم بعملية ثلاثية متكاملة ومتشابكة ، فتعهد البنك قد تم نتيجة لطلب المستورد وذلك بمقابل عمولة وغطاء نقدي أو عيني كما أن طلب المستورد جاء نتيجة لطلب المورد حتى يضمن جدية تنفيذ عقد نقل التكنولوجيا بتعهد البنك بما يسمى (بخطاب الضمان المصرفي)، فتكون إرادة البنك متعلقة بإرادة المستورد لإصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا.[١]

ويضاف إلى هذه الانتقادات بأن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا وأن كان ينشئ حقاً للمورد إلا انه في نفس الوقت ينشئ التزاماً على عاتق المستورد قبل البنك كالالتزام بتغطية خطاب الضمان والالتزام دفع العمولة ، وفي هذا تعارض مع الالتزام بالإرادة المنفردة التي تنشئ على عاتق صاحب الإرادة وحده التزام دون غيره ، ويرى بعض الفقهاء عدم صحة هذه النظرية في تفسير التزام البنك مصدر خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا على اعتبار أن الإرادة المنفردة ليست مصدرا مباشرة للالتزام وإنما القانون هو الذي يرتب الالتزام في حالات معينة بحيث يتعذر وجود الالتزام إلا إذا وجد النص ، وان الإرادة المنفردة مصدر غير مباشر لها.[٢]

كما يعتبر من الانتقادات لنظرية الإرادة المنفردة أن فكرة الإرادة المنفردة تتناقض مع القول بان انقضاء حق المورد في مطالبة المستورد بأي طريق من الطرق يؤدي في نفس الوقت إلى انقضاء حق المورد في طلب قيمة خطاب الضمان نفسه .[٣]

كذلك فان فكرة الإرادة المنفردة باندماج الحق الثابت في صك خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، أي بمعنى إن الالتزام حرفي التنفيذ ، يفرض تقديم هذا الصك عن الوفاء وبدون هذا

---

[١] عبوده ، **الكفالات البنكية في المملكة العربية السعودية: دراسة مقارنة** ، مرجع سابق ، ص١٣٢.

[٢] علم الدين ، **موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية** ، مرجع سابق ، ص ص ٦٤٥، ٦٤٦.

[٣] علم الدين ، **خطاب الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك** ، مرجع سابق ، ص ١٧٠

الصك لا يستطيع المورد الحصول على حقه ، كل هذا لا يحصل عملياً في خطاب الضمان إذ إن المورد لا يقدم الخطاب عند المطالبة ، كما إن فقدان الخطاب لا يفقده حقه ، لان الخطاب غير قابل للصرف لغيره ، وفكرة اندماج الحق غير صحيحة في ذاتها ، لان الأخذ بها يعني أن الالتزام يحكمه التفسير الحرفي لنصوص الخطاب نفسه ، كما يجوز في الالتزام بالإرادة المنفردة الاحتجاج بعيوب الإرادة بالقدر الذي يتناسب مع طبيعة هذه الإرادة ، أما خطاب الضمان فلا يجوز للبنك التمسك بمثل هذه الدفوع في مواجهة المورد. [(١)]

كما إن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا من العقود المستحدثة الذي يجمع بين أحكام عدد من العقود المسماة وغيرها وله خصائص ينفرد بها عن هذه العقود وإن اشترك معها في بعض الأحكام مما يجعله عقداً جديداً . [(٢)]

وهذه الانتقادات جعلت نظرية الإرادة المنفردة تتراجع في تفسير جميع الآثار التي تنتج عن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، وبذلك لا يمكن القول أن نظرية الإرادة المنفردة تصلح بان تكون أساسا قانونيا في تفسير خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا .

وبعد الاستعراض لجميع النظريات التي ذهبت في تفسير خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا كأساس قانوني له فلا يرى الباحث أي من هذه النظريات تصلح في أن تفسر جميع أحكام خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا دون اللجوء إلى إدخال نظم قانونية تخالف ما استقر عليه العرف المصرفي ، لذلك يمكن القول أن عميلة إصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا هي عملية من نوع خاص تختلف عن العمليات الأخرى المشابه لها ، مما يتطلب إيجاد نظم قانونية خاصة في تفسير جميع الآثار التي تنتج عن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، في حين يمكن اعتبارها من العقود غير المسماة بالنسبة للقانون الأردني ، وذلك لعدم وجود عمل مرتب ينظم أحكام خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ،أما في التشريعات محل الدراسة فيمكن اعتباره من العقود المسماة وذلك لقيام المشرع بتنظيم أحكام خاصة بهذا النوع من العمليات المصرفية، ضمن قانون التجارة .

---

(١) ألبنا ، **الطبيعة القانونية لالتزام البنك مصدر خطاب التعهد** ، مرجع سابق ، ص ص ٨٢ ، ٨٣،

(٢) الصوا ، علي محمد (١٩٩٦) ، خطابات الضمان كما تجريها البنوك الإسلامية وأحكامها الشرعية ، **مجلة دراسات لعلوم الشريعة والقانون** ، ٢٣(١) ، ١٤٩ – ١٦٤، الأردن : الجامعة الأردنية ،ص١٥٩.

الفصل الثاني

أنواع خطاب الضمان وآثاره في عقود نقل التكنولوجيا

أن خطابات الضمان في عقود نقل التكنولوجيا لا تقتصر على نوع واحد من الضمانات وليس هناك نوع محدد على سبيل الحصر ، وإنما تختلف هذه الخطابات بحسب المعاملات التي تستلزمها لذا لابد من أن نتعرف على أنواع خطابات الضمان في عقود نقل التكنولوجيا من خلال تسليط الضوء على قسم من خطابات الضمان الأوسع انتشارا في الواقع العملي ، بحسب الحالات التي تصدر عنها ، كالخطابات التي تصدر بحسب الغرض منها أو خطابات تصدر حسب التغطية أو بحسب الطبيعة القانونية التي تتم بها أو بحسب مكان صدورها أو حسب الجهة التي تقوم بإصدارها كل ذلك في المبحث الأول .

ومن ثم بيان الآثار القانونية لخطاب الضمان في عقود التكنولوجيا من خلال الوقوف على العلاقات التي تنجم عند إصدار خطاب الضمان في عقود التكنولوجيا والتي تتمثل في العلاقة بين المستورد والمورد في خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا ، حيث تتدرج التزامات متبادلة ما بين المستورد تجاه المورد من جانب والتزامات المورد تجاه المستورد من جانب آخر، والعلاقة بين البنك والمستورد في خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا ، وما تتضمنه من التزامات متقابلة فيما بين الطرفين ، حيث يلتزم البنك بعده التزامات تجاه المستورد وفي المقابل يلتزم المستورد كذلك ببعض الالتزامات تجاه البنك ، والعلاقة بين البنك والمورد في خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا ، حيث يلتزم البنك تجاه المورد من ناحية ، ويلتزم المورد تجاه البنك من ناحية أخرى كل هذه الالتزامات ، وصولاً إلى انقضاء خطاب الضمان وآثاره في عقود نقل التكنولوجيا كل ذلك سيكون في البحث الثاني ، لذلك سوف يتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين وعلى النحو التالي :-

المبحث الأول / أنواع خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

المبحث الثاني / آثار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

المبحث الأول

أنواع خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

تعد عقود نقل التكنولوجيا من العقود المركبة التي تحتوي بين طياتها العديد من العقود البسيطة كعقد المقاولة وعقد البحث والتطوير ونحو ذلك ، ونظراً لأهمية هذه العقود من الناحية الاقتصادية والعملية التي تمتاز بها فأنها تمر بعدة مراحل قبل إبرامها بصورة نهائية ، وأهم هذه المراحل هي مرحلة المفاوضات والتي تعد من أهم وأخطر المراحل التي تمر بها عقود نقل التكنولوجيا ، ويعود السبب في ذلك إلى عنصر السرية الذي تتمتع به أغلب عناصر التكنولوجيا والمعرفة الفنية محل التفاوض والتعاقد التي تحتاج إلى توفير الثقة بين المستورد والمورد [١] ، وهو عقد ينطوي على أداءات والتزامات متنوعة، وفيها يقوم المقاول بتنفيذ العمليات الإنشائية جميعها ابتداء من تمهيد الأرض وإقامة الأبنية وتوريد الآلات والأجهزة وتركيبها وتدريب العاملين وتشغيل المصنع، وتبعاً لتنوع عقود نقل التكنولوجيا تتنوع خطابات الضمان فيها [٢]، ولقد قلنا أن هناك العديد من أنواع خطابات الضمان في عقود نقل التكنولوجيا فليس هناك أنواع محددة على سبيل الحصر ، الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة وضع إحصاء أو تقسيم جامع لها ، لذلك سنتناول الأنواع الأكثر شيوعا في خطابات الضمان في عقود نقل التكنولوجيا من خلال مطلبين وهما :-

المطلب الأول / خطابات بحسب الغرض منها أو تغطيتها

المطلب الثاني / خطابات بحسب طبيعتها القانونية أو صدورها

---

[١] الخفاجي ، **الالتزام بالسرية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا (دراسة مقارنة)** ، مرجع سابق ، ص ٣٦٤.

[٢] الشبلاق ، نبيل إسماعيل (٢٠١٣) ، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد (دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا) ، **مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية** ، ٢٩(٢)، ٢٩٩ – ٣٣٦ ، سوريا : جامعة دمشق ، ص ٣٠٧ .

المطلب الأول

خطابات الضمان بحسب الغرض منها أو تغطيتها

تتنوع خطابات الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بحسب الغرض منها أو بحسب تغطيتها إلى عدة أنواع لذلك سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين وهما :-

الفرع الأول

خطابات الضمان بحسب الغرض منها

تستخدم خطابات الضمان في عقود نقل التكنولوجيا في أغراض متعددة وتختلف باختلاف الغرض التي تصدر من أجله وفيما يلي أهم هذه الأنواع التي تصدرها البنوك بحسب الغرض منها في عقود نقل التكنولوجيا [١] ، هي :-

أولاً / الخطابات الابتدائية (ضمان حسن النية والأداء)

وهي التي تتضمن تعهدات مقدمة من المستوردين للتكنولوجيا إلى الموردين لها [٢]، سواء كانوا أشخاص عاديين أو أشخاص معنويين لضمان دفع مبلغ معين من النقود، وهي بديلة عن التأمين النقدي المؤقت الذي قصد به أن يكون دليلاً على حسن نية المستورد في التعاقد مع المورد ويكون للمورد الحق في طلب قيمة خطاب الضمان من البنك في حالة رفض المستورد التعاقد معه في عقد نقل التكنولوجيا دون أية معارضة من قبل المستورد . [٣]

ثانياً / الخطابات النهائية (ضمان حسن التنفيذ والإنجاز)

تعتبر الخطابات النهائية[٤]، أكثر شيوعياً في عمليات البنوك حيث يمثل التزام البنك بشكل ثابت لتنفيذ خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا [٥]، فهو تعهد صادر من أحد البنوك بناءً

---

[١] عبد الله ، خالد أمين (٢٠١٤) ، **العمليات المصرفية** ، ط٧ ، عمان : دار وائل للنشر ، ص ١٩٢.

[٢] **انظر ملحق رقم : (٢)**

[٣] عارف ، **خطابات الضمان في مقاولة الإنشاءات (الفيديك)** ، مرجع سابق ، ص ص ٣٨ – ٤٠.

[٤] خطاب الضمان النهائي: هو تعهد بعد التعاقد يراد به ضمان قيام الشخص بتنفيذ العمل بحسب مواصفات العقد؛ بديعة على احمد(٢٠١١)، **أحكام الأسهم والسندات وغيرها من المستجدات (دراسة فقهية مقارنة)**، الإسكندرية: دار الفكر العربي، ص١٣٥.

[٥] الشرع ، مجيد جاسم (١٩٩٨) ، **المحاسبة في المنظمات المالية "المصارف وشركات التامين"** ، ط١ ، عمان: دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع ، ص ٢٣٢.

على طلب المستورد في عقود نقل التكنولوجيا نتيجة مطالبة المورد ، ويحل خطاب الضمان النهائي محل خطاب الضمان الابتدائي ويكون الغرض من إصداره هو ضمان تنفيذ العملية المتفق عليها وفقاً للشروط المتعاقد عليها في عقد نقل التكنولوجيا ويكون للمورد الحق في المطالبة بمبلغ الخطاب في حال الإخلال بالشروط ، ويصدر خطاب الضمان لمدة خمس سنوات أي طيلة مدة عقد نقل التكنولوجيا مع قابليته للتجديد قبل تاريخ الانتهاء بمدة معينة [١]، استنادا إلى مدة التعاقد بين طرفي عقود نقل التكنولوجيا باعتباره من عقود المدة الزمنية حيث يقع بالتحديد في دائرة العقود مستمرة التنفيذ لا في دائرة العقود دورية التنفيذ ، لأن نقل التكنولوجيا يتحقق خطوة فخطوة وليس في فترات دورية [٢] ، وهذا ما أشار إليه قانون التجارة المصري على أنه " يجوز لكل من طرفي عقد نقل التكنولوجيا بعد انقضاء خمس سنوات من تاريخ العقد أن يطلب إنهاؤه أو إعادة النظر في شروطه بتعديلها بما يلائم الظروف الاقتصادية العامة القائمة ويجوز تكرار تقديم هذا الطلب كلما انقضت خمس سنوات ما لم يتفق على مدة أخرى " . [٣]

وعادة ما تقوم البنوك بإصدار نماذج تختلف باختلاف الغرض الذي تصدر من أجله ، فنلاحظ أن الخطابات النهائية تختلف عن الخطابات الابتدائية من عدة جوانب . [٤]

ثالثاً / خطابات الدفعات المقدمة

قد يشترط الموردين لعقود نقل التكنولوجيا على المستوردين ، أن تدفع لهم مقدماً نسبة معينة من عقد نقل التكنولوجيا لتساعدهم في تمويل العملية خاصة وان عقود نقل التكنولوجيا تتطلب قدر من الضخامة المالية لكونها عقود باهظة الثمن ، وفي هذه الحالة يشترط المورد للموافقة على طلب التعاقد أن يقدم له خطاب ضمان بقيمة الدفعة المقدمة له ، وذلك ضمان إعادة ما قدم له من مبالغ أو لطيه الخدمة المقدمة من المورد . [٥]

---

[١]إسماعيل ، مدحت محمد (١٩٨٩) ، **محاسبة البنوك التجارية وشركات التامين** ، الأردن : دار وائل للنشر والتوزيع، ص ١٧٢.

[٢]المنجي ، إبراهيم (٢٠٠٠) ، **عقد نقل التكنولوجيا** ، ط١ ، الإسكندرية : توزيع منشاة المعارف ، ص ٢٥.

[٣]المادة (٨٦) ، **قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩**.

[٤] **انظر ملحق رقم : (٣)**

[٥]الشاهد ، سمير محمد (٢٠٠٠)، **المحاسبة عن العمليات المصرفية الحديثة**، بيروت: اتحاد المصارف العربية للنشر، ص ١٢٥.

رابعاً /الخطابات الملاحية والجمركية

في العادة يسلم ربان السفينة عناصر التكنولوجيا للمستورد بناء على بوليصة الشحن المرسلة إليه من المورد في البلد الأجنبي ، إلا أنه قد يحدث لسبب أو لآخر أن تصل عناصر التكنولوجيا والتي تتكون من الآلات والمعدات اللازمة لنقل التكنولوجيا قبل وصول المستندات والوثائق المصاحبة لها والتي لا يمكن للمستورد استلام عناصر التكنولوجيا وقد يضطر المستورد لسحب عناصر التكنولوجيا لحاجته إليها خوفا من الضرر الذي قد تتعرض له المعدات والآلات التي تكون مرتبطة بمواعيد لتسليمها أو تشغيلها ، أو لتجنب دفع أرضيات لدائرة الجمارك ، في هذه الحالة يقوم وكيل النقل بالإفراج عن عناصر التكنولوجيا ويقبل بدلا منها خطاب ضمان ، بحيث يتم تخليص عناصر التكنولوجيا ودفع الرسوم الجمركية المتحققة في وقت لاحق عند وصول المستندات والوثائق ومن ثم يعاد خطاب الضمان.[١]

فالغرض من تقدم هذه الخطابات لتيسير الإجراءات في الجمارك مع ضمان للرسوم والضرائب المستحقة قبل تسليم عناصر التكنولوجيا ، وبحسب طبيعتها التي تستوجب الضرورة بالإسراع في إخراجها دون انتظار تقدير الرسوم الجمركية ، مما يتولد الحاجة إلى إصدار خطاب ضمان جمركي لتضمن عند الاقتضاء ما يستحق من حقوق للخزانة العامة ، حيث يتم بموجبها السماح للمستورد بتسليم عناصر التكنولوجيا إلى إن يتم تقدير الرسوم الجمركية فيما بعد والمستحقة عليها [٢] ، وهذا ما ذهب إليه المشرع العرقي في قانون الكمارك .[٣]

---

[١]درويش ، **المحاسبة المصرفية** ، مرجع سابق ، ص ١٦٨.

[٢]السيسي ، صلاح الدين حسن (٢٠١١)، **الموسوعة المصرفية العلمية والعملية ،ج١**، ط١،القاهرة: مجموعة النيل العربية للنشر ، ص ص ٣٥٦ ، ٣٥٧.

[٣]الجمهورية العراقية ، قانون الكمارك رقم (٣٢) لسنة ١٩٨٤ ، **الوقائع العراقية** ، العدد (٢٩٨٥) ، ١٩٨٤/٣/١٩ ، ص(١٧٤) ، المادة (٨٣) .

الفرع الثاني
خطابات الضمان بحسب تغطيتها

للبنوك أن تطلب من المستورد تقديم تأمينات كافية لتغطية تعهداته في خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا تسمى " بـالغطاء "، والغطاء قد يكون نقداً يدفعه المستورد للبنك أو قد يكون عيناً كرهن يرهنه المستورد على منقول أو عقار يملكه وقد يكون أوراق مالية أو تجارية [١]، وهذا ما ذهب إليه المشرع العراقي في المادة (٢٨٨) من القانون التجاري [٢]، فالغطاء النقدي هو الذي يدفعه المستورد للبنك ويدخل في حسابه ، ويقوم بالتصرف فيه كاستثماره لصالحه على اعتباره انه قرض ، على أن يلتزم البنك برده للمتعهد مهما لحق به سواء أكان بتقصير أو بدون تقصير أما الغطاء غير النقدي فهو رهن يطلبه البنك ليتمكن من استيفاء حقه بالكامل إذا ما طلب المورد قيمة خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، وذلك لأن البنك غالياً لا يطلب من المستورد غطاءً نقدياً كاملاً ، بل يطلب من نسبة معينة ، وذلك بحسب طبيعة نوع خطاب الضمان، وطبيعة علاقة البنك بالمستورد ومركزه ، وقد يصدر البنك خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بدون أي غطاء يقدمه المستورد للبنك ، ولكن يكون ذلك ضمن ترتيبات أخرى ترتبط بمجمل التسهيلات الائتمانية التي يمنحها البنك للمستورد حسب العلاقة بينهما . [٣]

وتقسم أنواع خطابات الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بحسب تغطيتها إلى ثلاث أقسام خطابات ضمان في عقود نقل التكنولوجيا مغطاة تغطية كاملة وخطابات ضمان في عقود نقل التكنولوجيا مغطاة بشكل جزئي وخطابات ضمان في عقود نقل التكنولوجيا غير مغطاة وفيما يلي بيان هذه الأنواع :-

أولا / خطاب ضمان مغطى كلياً :

تقدم أن الغطاء الذي يقدمه المستوردين -الراغبون بالحصول على خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا - للبنك الذي يقوم بإصداره لهم ، إما أن يكون غطاءً نقدياً أو غطاءً عينياً ، وهو الذي دفع المستورد قيمته كاملاً للبنك عند استصداره خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا.[٤]

---

[١] العامري ، **الخدمات المصرفية الائتمانية في البنوك الإسلامية** ، مرجع سابق ، ص ٤٤٤.

[٢] تنص المادة (٢٨٨) من ،**القانون التجاري العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤** انه : " للمصرف أن يطلب تقديم كفالة شخصية أو عينية لتغطية خطاب الضمان ويجوز أن تكون الكفالة تنازلا من الأمر عن حقه تجاه المستفيد ".

[٣] طلافحة ، **الكفالات المصرفية في الفقه الإسلامي والقانون الأردني: دراسة فقهية مقارنة**، مرجع سابق ، ص٦٢.

[٤] الحسني ، **خطابات الضمان المصرفية وتكييفها الفقهي** ، مرجع سابق ، ص ١٦

أي يدفع المستورد كامل المبلغ الذي يلتزم البنك بدفعه للمورد ، وعندها يستثمره البنك ويحفظ حقه إذا تمت المطالبة من قبل المورد لقيمة خطاب الضمان ، وفي هذه الحالة لا يُعرض البنك ذمته للخسارة ، فيما التزامه تجاه المورد فقد أخذ قيمة الغطاء كاملة من المستورد ، حيث يطلب البنك تغطية كاملة عادة إن كان لا يعرف المستورد ، أو لو يسبق له أن تعامل معه. (١)

ثانياً / خطاب ضمان مغطى جزئياً:

وهو أن يقوم المستورد بتأمين جزء من مبلغ خطاب الضمان الذي يطلبه البنك والذي يتعهد بدفعه للمورد إذا طلبه منه خلال المدة المحددة في متن خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا ، وقد تتراوح هذه النسبة من (٥ % إلى ٢٥%) من قيمة ما يلتزم البنك بدفعه للمورد ، أو بحسب نوع خطاب الضمان فهناك خطابات ابتدائية تختلف فيها نسبة التأمين عن الخطابات النهائية ، وأن سبب طلب البنك لهذه التغطية ليضمن استعادة حقه إذا نفذ التزامه تجاه المورد بشكل سريع ، وعادةً ما يتم تحديد قيمة التغطية هو ثقة المستورد ، من جانب البنك الذي يطمئن إلى قوة مركزه المالي والى سمعة المستورد وقدرته على السداد ، ووفقاً لطبيعة المعاملات المالية للبنك والمستورد. (٢)

ثالثاً / خطاب ضمان غير مغطى مطلقاً (مكشوف):

وهو الذي لا يدفع المستورد شيئاً للبنك عند استصداره لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا حيث يعتمد البنك على مركز المستورد وثقته من خلال التعامل معه ، بمعنى انه ليس للمستورد خطاب الضمان مبالغ مودعة بالبنك تغطي ما يقابل مبلغ خطاب الضمان . (٣)

---

(١) الشبير ، محمد عثمان (٢٠٠٧) ، **المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي** ، ط٦ ، الأردن : دار النفائس للنشر والتوزيع ، ص٢٩٦.

(٢) عبد العظيم، حمدي (١٩٩٦)، **خطاب الضمان في البنوك الإسلامية**، القاهرة: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ص ٢٤.

(٣) الأمين ، حسن عبد الله (١٩٨٦)، دراسة حول خطاب الضمان ، **مجلة مجمع لفقه الإسلامي** ، ٢(٢) ، ١٠٤٧- ١٠٥٤، جدة : منظمة المؤتمر الإسلامي ، ص ١٠٤٧.

المطلب الثاني

خطابات الضمان بحسب طبيعتها أو صدورها

تصدر خطابات الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بحسب طبيعتها القانونية إما خطابات مشروطة أو خطابات غير مشروطة ، وقد تصدر بحسب مكان صدورها إلى خطابات داخلية وأخرى خارجية وقد تصدر عن طريق بنك واحد أو عدة بنوك أو من شركات تأمين كوثيقة تأمين ضمان أو وثيقة تأمين ائتمان لذلك سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى عدة فروع وكما يلي :-

الفرع الأول

خطابات الضمان بحسب طبيعتها

إذا نظرنا إلى خطابات الضمان في عقود نقل التكنولوجيا من حيث طبيعتها القانونية يمكن تقسيمها إلى نوعين وهما خطابات ضمان في عقود نقل التكنولوجيا غير مشروطة وخطابات ضمان في عقود نقل التكنولوجيا مشروطة وفيما يلي بيان هاذين النوعين :-

أولا / خطابات ضمان غير مشروطة

الأصل أن تصدر خطابات الضمان في عقود نقل التكنولوجيا دون قيد أو شرط وأن لا يتوقف الوفاء بها على علاقة المستورد بالمورد ولا على تحقيق شرط أو حلول أجل ، وإذا ارتبط الوفاء بقيمتها بأية واقعة خارجية فلا نكون بصدد خطاب ضمان في عقود نقل التكنولوجيا لأن علاقة البنك بالمورد علاقة منفصلة عن علاقته بالمستورد ولا يحكمها غير الخطاب وأن مضمونه يحدد التزام البنك الذي أصدره [١] ، لذلك فهو تعهد من البنك بدفع قيمته بمجرد طلبه من قبل المورد دون الرجوع إلى المستورد ، إلا إن هذا لا يمنع أن تكون هناك بعض الشروط التي تتعلق بالخطاب ولا تؤثر على طبيعته القانونية بوصفه التزاماً باتاً ومنجزاً من جانب البنك .[٢]

ثانياً / خطابات ضمان مشروطة

معظم خطابات الضمان في عقود نقل التكنولوجيا التي تكلمنا عنها فيما سبق غير مشروطة بمعنى أن التزام البنك عند دفع قيمة خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا للمورد لا يكون معلقاً على شرط ولكنه يُدفع عند أول طلب طالما كانت المطالبة خلال مدة سريان خطاب الضمان

---

[١] الكيلاني ، **عمليات البنوك – الكفالات المصرفية وخطابات الضمان**، مرجع سابق ، ص ٢١٧.

[٢] القليوبي ، **النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية** ، مرجع سابق ،ص١٥.

وفي حدود المبلغ المصدر به ، ولكن في بعض الحالات يطلب بعض المستوردين إصدار خطاب ضمان مشروط لصالح أحد الموردين ، مثلاً يطلب أحد المستوردين في الأردن إصدار خطاب ضمان لصالح احد الموردين في الخارج ضماناً لسداد قيمة عناصر التكنولوجيا ويربط سداد تلك القيمة بوصول عناصر التكنولوجيا في خلال فترة معينة فإذا وصلت بعد التاريخ المحدد سقط التزام البنك بدفع قيمة الخطاب للمورد لعدم تحقق الشرط الوارد في خطاب الضمان لعقد نقل التكنولوجيا. [١]

أو أن يعلق البنك التزامه بدفع قيمة خطاب الضمان على تقديم مستندات من المورد ينص فيها أن المستورد قد أخل بتنفيذ التزامه ، وتقيد مثل هذه المستندات أو ذكر هذا الأمر في طلب الوفاء ليس ليتأكد البنك من وقوع هذا الإخلال وإنما ليسهل على المستورد الرجوع على المورد فكيفيه أن يقوم بإثبات عكس ما جاء في مستندات المورد أو مطالبته ليثبت أن المورد أخذ قيمة خطاب الضمان دون حق مشروع . [٢]

وباختصار يمكن القول بأن الشروط التي لا يتوقف فيها على نفاذ الخطاب على إرادة البنك والمستورد لا تجعله خطاب مشروط .

الفرع الثاني

خطابات الضمان بحسب صدورها

تقوم البنوك بإصدار خطابات ضمان في عقود نقل التكنولوجيا لصالح مورد مقيم في البلاد تسمى (داخلية) وأخرى لصالح مورد غير مقيم في البلاد تسمى (خارجية) لذلك تقسم خطابات الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بحسب صدورها [٣]، إلى نوعين وفيما يلي بيان ذلك :-

أولا / خطابات ضمان داخلية

سبق وأن بينا عناصر عميلة إصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ورأينا إن العلاقة بين المستورد والمورد أدت إلى طلب المستورد من البنك تقديم ضمان يتعهد من خلاله أن يقوم بدفع مبلغ معين من النقود أو قابل للتعيين عند أول طلب خلال مدة محددة، ويجري التمييز

---

[١] إسماعيل، **محاسبة البنوك التجارية وشركات التامين** ، مرجع سابق ، ص ١٧٢.

[٢] أبو صد ، **أحكام خطاب الضمان المصرفي** ، مرجع سابق ، ص ص ٣٤ - ٣٥.

[٣] ألنمري ، احمد نبيل (١٩٨١) ، **مبادئ في العلوم المصرفية "دراسات تطبيقية وعملية"** ، ط١ ، عمان : معهد الدارسات المصرفية للنشر ، ص٢٤٥.

فيما بين الخطابات الداخلية والخارجية من خلال النظر إلى أطراف العميلة إذا كان المستورد أو المورد مقيماً فنكون بصدد خطابات ضمان داخلية ، إما إذا كان احدهما مقيما والآخر غير مقيم فنكون بصدد خطابات ضمان خارجية [١]، وخطابات الضمان الداخلية يصدرها البنك المحلي بناء على طلب احد المستوردين من المواطنين في الأردن ، أو بناء على طلب احد المستوردين في الخارج ، على أن يكون المستفيد من هذا الخطاب موجودا في الأردن ، وأخيرا فان معيار التمييز فيما بين الخطابات الداخلية والخارجية هو وجود عنصر غير مقيم . [٢]

ثانياً / خطابات ضمان خارجية

وهي الخطابات التي يكون فيها أحد عناصر العملية التي صدر خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بصددها سواء كان المستورد أو المورد غير مقيم ، فإما أن تصدر بناء على طلب المستورد المقيم لصالح المورد أو بناء على طلب المستورد غير المقيم لصالح المورد ، وسيتم بيان هذه الخطابات على النحو التالي : -

١. **خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا الصادر من مستورد مقيم**

ويقصد بالمستورد المقيم هو شخص يقيم مثلا في العراق أحيل إليه عناصر التكنولوجيا المصدرة من قبل المورد في الخارج لم يقم بدفع كامل ثمن هذه العناصر، وفي هذه الخطابات يطلب المستورد المقيم من أحد البنوك المحلية العراقية أن تصدر له خطاباً لصالح المورد المقيم في الخارج ، ويقوم البنك المحلي بدوره بالطلب إلى احد مراسيله في بلد المورد للتوقيع معه على هذا الخطاب وإخطار المورد به [٣]، وقد يتفق البنك المحلي مع البنك المراسل أن يقوم هو بنفسه بإصدار وثيقة خطاب الضمان على أن يتعهد البنك المحلي أن يدفع كافة النفقات التي تكبدها البنك المقابل نتيجة هذا الإصدار لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا وهذا ما يسمى (بالضمان المقابل) .[٤]

---

[١]الكيلاني ، محمود (٢٠٠٢) ، أنواع خطابات الضمان المصرفية ، **مجلة البنوك في الأردن** ، ٢١(٥) ، ٥٢ – ٥٦ ، الأردن : جمعية البنوك في الأردن ، ص ٥٣.

[٢]الكيلاني ، **عمليات البنوك – الكفالات المصرفية وخطابات الضمان**، مرجع سابق ، ص

[٣]أبو عياد ، **وثيقة خطاب الضمان المصرفي** ، مرجع سابق ، ص ٢٨.

[٤]الكيلاني ، **أنواع خطابات الضمان المصرفية** ، مرجع سابق ، ص ٥٦.

٢. **خطابات الضمان في عقود نقل التكنولوجيا من مستورد غير مقيم**

وفي هذه الحالة تكون العملية عكسية ، فإذا كان المستورد يقيم خارج العراق، فقد يلجأ إلى البنك الذي يتعامل معه في البلد الأجنبي لإصدار خطاب الضمان لصالح المورد غير أن اقتدار البنك الأجنبي قد يكون مجهولاً للمورد المقيم ، لذلك يعمد البنك الأجنبي إما إلى إصدار خطاب الضمان بنفسه وإرساله إلى احد مراسليه في العراق للاشتراك معه في الضمان أو يقتصر على إن يطلب من مراسله إصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا لصالح المورد نيابة عنه . [١]

ولا يودع البنك الأجنبي غطاء لخطاب الضمان لدى البنك المحلي ، وإنما يتعهد لدى البنك بان يدفع له كل ما يتحمله من مدفوعات نتيجة إصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بطريق دفع مقبول عند أو طلب يصدر منه ، ويخطر البنك المحلي مراسله الأجنبي بإصدار خطاب الضمان في عقد نقل التكنولوجيا وهو لا يختلف في صيغته عن الخطاب المحلي ، غير أن هناك بعض الأمور يجب على البنك المحلي أن يراعيها في إخطاره هذا وهي :-

- ترجمة خطاب الضمان باللغة الأجنبية مع بقاء النص العربي هو الأصل في حال إذا وقع نزاع بشان هذا الخطاب الذي أعتمد عليه دون الترجمة .
- مراعاة سعر الصرف بين العملة المحلية والعملة الأجنبية وذلك باحتساب العملة المحلية على أساس سعر الصرف السائد في وقت الإصدار وعلى المراسل أن يتحمل الفروق التي تنتج عن تدهور أسعار الصرف. [٢]

الفرع الثالث

خطابات الضمان بحسب الجهة التي تصدرها

تصدر خطابات الضمان في عقود نقل التكنولوجيا غالباً من البنوك ، حيث تعود عملية إصدار خطابات الضمان بشكل عام إلى البنوك وذلك لكونها عملية مصرفية من اختصاص البنوك فهي تؤدي نفس الغاية لخطابات الضمان التي تصدر من شركات التامين وسيتم بيان ذلك فيما يلي:-

---

[١] علم الدين ، **موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية** ، مرجع سابق ، ص ٥٥٧.

[٢] عمر ، **النظام القانون لخطابات الضمان المصرفية** ، مرجع سابق، ص ص ٦٠ ، ٦١.

أولا / خطابات ضمان تصدر من البنوك

تصدر البنوك خطابات الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بالمعنى السابق من خلال تعهدها بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين خلال مدة محددة إلى المورد دون قيد أو شرط بناء على طلب المستورد [١]، وتقسم خطابات الضمان في عقود نقل التكنولوجيا من حيث عدد البنوك إلى نوعين خطابات ضمان في عقود نقل التكنولوجيا تصدر من بنك وأحد وخطابات ضمان في عقود نقل التكنولوجيا تصدر من عدة بنوك :-

١- خطابات الضمان في عقود نقل التكنولوجيا صادرة عن بنك واحد

يتمثل الأصل في هذا الشأن أن يصدر خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا من قبل بنك واحد ، ويكون هذا البنك مسئول عند تسديد قيمة خطابات الضمان في عقود نقل التكنولوجيا كاملة للمورد في حال طلب منه ذلك وفي المدة المحددة بموجب الخطاب ، فيكون البنك واحد ملتزم أمام المورد. [٢]

٢- خطابات الضمان في عقود نقل التكنولوجيا صادرة عن عدة بنوك

وهو عند ما يتم إبرام عقد نقل التكنولوجيا في بلد ، وكان المستورد من بلد آخر فانه يلجأ إلى البنك في بلده يطلب منه إصدار خطاب ضمان لبنك المورد في البلد الأجنبي وهذا البنك الأخير يصدر خطاب الضمان مباشرة للمورد ، فهنا نكون أمام خطاب ضمان صادر من البنك الذي تعهد للمستورد لبنك آخر ويسمى (خطاب الضمان المقابل) ، حيث يشترك أكثر من بنك لإصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا. [٣]

ثانياً / خطابات ضمان تصدر من شركات التأمين

إلى جانب البنوك فان شركات التامين تصدر وثائق تؤدي نفس الغرض في خطابات الضمان لعقود نقل التكنولوجيا وهذه الوثائق نوعان هما وثيقة تامين ضمان ووثيقة تامين الائتمان وفي ما يلي بيان ذلك على النحو التالي :-

---

[١] القليوبي ، **النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية،** مرجع سابق ،ص١٩ ، ٢٠.

[٢] عبوده ، **الكفالات البنكية في المملكة العربية السعودية: دراسة مقارنة** ، مرجع سابق ، ص٧٠.

[٣] عوض ، **خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية،** مرجع سابق، ص ص٤٦ ، ٤٧.

١. **وثيقة تأمين ضمان**

وهي الوثائق التي صدرها شركات التأمين بناء على طلب المستورد لصالح المورد المستفيد من هذه الوثيقة ، بدلاً من التأمين النقدي لضمان المستورد لدى المورد ، ويعود سبب قبول شركات التأمين الكبرى إلى إصدار مثل هذه الوثائق تشجيعاً منها للتنمية التكنولوجية والاستثمار .[١]

٢. **وثيقة تأمين الائتمان**

وهي وثائق تصدرها شركات التأمين لغرض تأمين التجار ورجال الأعمال ضد إعسار عملائهم ، فيكون المستورد في هذه الحالة هو الدائن وليس المدين على خلاف وثيقة التأمين ضمان ، فالمستورد هو المتعاقد مع شركة التأمين والذي يقوم بدفع أقساط دورية ، والوقع العملي ما يقوم به المستورد من تأمين لصالح البنك مقابل خصم كمبيالات حررت لصالحهم من قبل المستورد ، على أن تقوم شركات التأمين بتعويض البنك عن الكمبيالات التي لا يدفع أصحابها قيمتها في الميعاد المحدد .[٢]

ويشترط أن تكون خطابات الضمان في عقود نقل التكنولوجيا الصادرة من إحدى شركات التامين بواسطة بنوك معتمدة ، للتأكد من صحة وسلامة التوقيعات التي تحملها وثائق التأمين وصلاحيتهم في إصدار مثل هكذا خطابات .[٣]

هذه هي باختصار أهم أنواع خطابات الضمان في عقود نقل التكنولوجيا الشائعة في الحياة العملية والتجارية ، مما يتسنى لنا الانتقال إلى المبحث الثاني وذلك لبيان الآثار القانونية لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا .

---

[١] أبو صد ، **أحكام خطاب الضمان المصرفي** ، مرجع سابق ، ص٣٥.

[٢] القليوبي ، **النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية**، مرجع سابق ،ص ص ٢٧- ٣٠.

[٣] عبوده ، **الكفالات البنكية في المملكة العربية السعودية: دراسة مقارنة** ، مرجع سابق ، ص٧٢.

المبحث الثاني

الآثار القانونية لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

ينتج عن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بمجرد إبرامه بين المستورد والبنك وإخطار المورد به ، آثار قانونية تختلف باختلاف العلاقات التي تنشأ عن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، وهذه العلاقات عبارة عن روابط قامت فيما بين المستورد والمورد وبين المستورد والبنك وبين المورد والبنك ، فكل هذه الروابط أسهمت في تكوين إصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، وهكذا إن هذه العلاقات تعد روابط عقدية ابتدأت بين المستورد والمورد والتي تخضع لعقد خطاب الضمان من جهة ، ولها علاقة عقدية مستقلة نتجت عن قيام المستورد بنقل المعرفة الفنية وإبرام عقد نقل التكنولوجيا الذي يسمى (عقد الأساس) وإنه تنفيذاً لهذا العقد يرتبط المستورد مع البنك بعقد يلتزم بموجبه البنك بأن يصدر خطاب الضمان لصالح المورد يتعهد بموجبه دفع مبلغ من النقود عندما يطلب منه ذلك في حدود مدة معينة .

ونتيجة لتشابك هذه العلاقات في إصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا تترتب العديد من الالتزامات المتبادلة في ذمة كل من المستورد والبنك بالإضافة إلى الآثار التي تترتب على عاتق المورد في خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا [1]، وطرق انقضائه والنتائج التي تترتب عليه ، لذلك سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين هما :-

المطلب الأول : العلاقة فيما بين أطراف خطاب الضمان

المطلب الثاني : انقضاء خطاب الضمان وآثاره في عقود نقل التكنولوجيا

---

[1] الكيلاني ، محمود (٢٠٠٢) ، آثار خطابات الضمان المصرفية ، **مجلة البنوك في الأردن** ،٢١ (٨) ، ٤٩ – ٥٤ ، الأردن :جمعية البنوك في الأردن، ص ٤٩.

المطلب الأول

العلاقة فيما بين أطراف خطاب الضمان

عندما يتم إبرام خطاب الضمان بين المستورد والبنك وإخطار المورد به ينتج عنه عدد من العلاقات التي تنشأ عن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، وهذه العلاقات عبارة عن روابط قامت فيما بين المستورد والمورد وبين المستورد والبنك وبين المورد والبنك ، مما تولد هذه العلاقات في إصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا العديد من الالتزامات المتبادلة فيما بين أطرافها ، وهذه العلاقات هي :-

الفرع الأول

العلاقة بين المستورد والمورد في خطاب الضمان

يحكم علاقة المستورد بالمورد في خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا ، العقد المبرم بين الطرفين ، وهذا العقد يكون سابقاً على خطاب الضمان ، وهو السبب في نشوء خطاب الضمان الحاصل بين البنك والمستورد ، وأن العقد المبرم بين المستورد والمورد هو عقد نقل التكنولوجيا ومحله المعرفة الفنية وهو عقد مركب ينطوي تحته العديد من العقود كعقد المقاولة أو عقد تسليم المفتاح بنوعيه الخفيف والثقيل وغيرها .[١]

في حين أن العلاقة فيما بين المورد والمستورد بعقد خطاب الضمان تختلف عن علاقتهما في عقود نقل التكنولوجيا ، حيث تكون علاقتهما سابقة عن عقد خطاب الضمان ، بل أن عقد نقل التكنولوجيا هو من أنشأ علاقة المورد بالمستورد في عقد خطاب الضمان .

أما البنك فلا شأن له بهذه العلاقة التي تنشأ بين المستورد والمورد بحكم عقد نقل التكنولوجيا المبرم بينهما الذي يتوجب على أطرافه تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه ، وذلك لأنه غير معني بعقد نقل التكنولوجيا وليس طرفاً فيه ، فلا يكون متقيداً بما يرد فيه من شروط وأحكام تطبيقاً لقاعدة نسبية العقد ، وبالتالي فان خطاب الضمان الصادر من البنك مستقل وينطبق أيا كان مصير تنفيذ عقد نقل التكنولوجيا إلا في حالة الغش الواضح من قبل المورد.[٢]

---

[١] المقدادي، **عمليات البنوك وفقاً لقانون التجارة العماني (٥٥ لسنة ١٩٩٠)**، مرجع سابق ، ص ص ٢٠١، ٢٠٢.

[٢] العامري ، **الخدمات المصرفية الائتمانية في البنوك الإسلامية** ، مرجع سابق ، ص ٤٣٥.

ومما يجدر ذكره إن التزام المستورد في عقد نقل التكنولوجيا بتقدم خطاب الضمان للمورد هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاما ببذل عناية ، بحيث يُسأل في مواجهته في حال عدم استطاعته تقديمه. [١]

كذلك فقد يعلق أطراف عقد نقل التكنولوجيا مصير خطاب الضمان على استصدار خطاب الضمان بشروط معينة على المستورد والبنك تطبيقها ، وهو ما يسمى بخطاب الضمان المشروط في عقود نقل التكنولوجيا والذي سبق وان بيناه فيما مضى ، ويعد ذلك شرطاً أساسياً في خطاب الضمان سواء كان ذلك شرطاً واقفاً أو شرطاً فاسخاً فقد يعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد إذا لم يتحقق هذا الشرط ، ومثل هذا الشرط هو تحقيق واقعة عدم إصدار خطاب الضمان خلال مدة محددة ، بمعنى إذا انقضت المدة ولم يسلم خطاب الضمان ينفسخ عقد نقل التكنولوجيا ، فيعتبر العقد كأن لم يكن إذا لم يسلم خطاب الضمان . [٢]

وعلى أية حال ، يجب أن يكون خطاب الضمان متفقاً مع الشروط الواردة في عقد نقل التكنولوجيا والتي تم الاتفاق عليها بين المستورد والمورد فإن صدر خطاب الضمان مخالفاً لهذه الشروط فلا يلتزم به المورد بل له أن يرفضه ، وقد يؤدي الأمر إلى عدم توقيع عقد نقل التكنولوجيا بما ينطوي على ذلك من ضرر على طرفي العقد ، وإمكانية مطالبة أحدهما للآخر بالتعويض عما لحقه من عطل وضرر بسبب عدم الاتفاق على الشروط الواردة في عقد نقل التكنولوجيا . [٣]

وتتحدد العلاقة بين المستورد والمورد من خلال ثلاثة أشكال وهي :-

أولاً / علاقة المستورد بالمورد قد تكون علاقة تنظيمية

كحالة خطاب الضمان المقدم من المستورد إلى دائرة الجمارك لتخليص عناصر التكنولوجيا فتكون العلاقة فيما بين المستورد والمورد علاقة تنظيمية يحدد أركانها وشروطها القانون .

---

[١] الهمشري ، وليد العودة (٢٠٠٩) ، **عقود نقل التكنولوجيا الالتزامات المتبادلة والشروط التقييدية** ، ط١ ، عمان : دار الثقافة ، ص ١٢٠.

[٢] الكيلاني ، **آثار خطابات الضمان المصرفية** ، مرجع سابق ، ص ٤٩.

[٣] عبد الله ، **خطاب الضمان المصرفي في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون والقواعد الدولية** ، مرجع سابق ص ص٦٢ ، ٦٣.

ثانياً / علاقة المستورد بالمورد قد تكون علاقة تمهيدية لدخول في التعاقد

ففي هذه الحالة مازال عقد نقل التكنولوجيا لم ينشأ بعد ، وإنما دعت الحاجة إلى طلب المورد من المستورد خطاب الضمان لطبيعة محل عقد نقل التكنولوجيا الذي ينطوي على السرية وضمان لجدية المستورد لإبرام عقد نقل التكنولوجيا .

ثالثاً / حالة وجود عقد بين المستورد والمورد

وهي أن يتم إبرام عقد بين المستورد والمورد تكون احد شروط أو بنود العقد ، تلزم المستورد بإصدار خطاب الضمان لصالح المورد ، فيكون عقد نقل التكنولوجيا هو السبب الذي أدى إلى إصدار خطاب الضمان . [١]

ويمكن تحديد أهم الآثار التي تنجم عن التزامات المستورد في عقد نقل التكنولوجيا تجاه المورد بما يلي :-

١. تسليم خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا إلى المورد : قد يكون التزاماً أساسيا على المستورد طبقاً لعقد نقل التكنولوجيا، مما يؤدي دوراً أساسيا إلى تحقيق الهدف في إعطاء المورد ضماناً يطمئن به لتنفيذ عقد نقل التكنولوجيا . [٢]

٢. مسؤولية المستورد عن عدم تقديم خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا : إن تقديم خطاب الضمان يخالف الشروط المتفق عليها في عقد نقل التكنولوجيا يرتب مسؤولية تقع على عاتق المستورد. [٣]

٣. رجوع المستورد على المورد في خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا: يفترض أن البنك قد أوفى بالتزامه في مواجهة المورد ودفع له قيمة خطاب الضمان فيكون البنك قد رجع على المستورد بما أوفي للمورد ، بمعنى أن المستورد يصبح بعد وفاء البنك بقيمة خطاب الضمان للمورد مديناً للبنك بقيمة الخطاب مما يجعل المستورد الرجوع على المورد بدافع قبض المورد مبلغاً بغير وجه حق وبلا سبب ، ومن الأسباب التي تمكن المستورد من العودة على المورد حالة إذا قبض المورد قيمة خطاب الضمان بناء على غش أو تعسف

---

[١] أبو صد ، **أحكام خطاب الضمان المصرفي** ، مرجع سابق ، ص٤٩ .

[٢] عوض ، **خطابات الضمان المصرفية** ، مرجع سابق ، ص ٨٩.

[٣] عوض، **خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية** ، مرجع سابق ، ص١٨٠.

ظاهر، ويقع عبء الإثبات على عاتق المستورد انطلاقا من الالتزامات التي أنشاها عقد نقل التكنولوجيا. [١]

كما أن المستورد يستطيع العودة على المورد بكافة الضرر الذي لحق به نتيجة فعل المورد كأن يكون قد دفع فوائد تأخيريه مثلا للبنك نتيجة تأخيره في سداد قيمة خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا . [٢]

يتضح أن علاقة المستورد بالمورد في خطاب الضمان لعقد نقل التكنولوجيا كانت السبب المباشر والمهم في تكوين وإنشاء خطاب الضمان وضمن الشروط المتفق عليها بين المستورد والمورد ، مما أدى إلى إنشاء بعض الالتزامات تجاه الطرفين وتكوين بعض الآثار التي تنجم عن هذه الالتزامات كانت الدافع الباعث على تكوين خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، وما ينبغي التنويه إليه أن البنك يكون مستقلاً عن العلاقة في بين المستورد والمورد وعلى هذا الأساس يكون خطاب الضمان مشروطاً فيما بين المستورد والمورد ولا يتعدى أثره إلى البنك .

الفرع الثاني

العلاقة بين البنك والمستورد في خطاب الضمان

تنشأ هذه العلاقة عندما يباشر المستورد في تنفيذ التزاماته بموجب عقد نقل التكنولوجيا مع المورد والذي كان من آثاره تقديم خطاب الضمان بحيث يلجأ المستورد بطلب لإصدار الخطاب من البنك ضمن الشروط المتفق عليها مع المورد [٣]، فيعتبر طلب المستورد هذا إيجاب بحاجة إلى قبول من البنك ، فإذا أعلن البنك عن موافقته للمستورد على إصدار خطاب الضمان بالشروط المطلوبة تنشأ ثاني العلاقات في عملية إصدار الخطاب وهي علاقة المستورد بالبنك وينعقد عقد إصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا . [٤]

لذلك فإن علاقة المستورد بالبنك هي علاقة تعاقدية وذلك بتعهد البنك بإصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، عندها يلتزم المستورد في مواجهة البنك بتقديم غطاء لمبلغ الضمان ودفع عمولة وفوائد مقابل التزامات البنك في مواجهة المستورد ، كذلك يجب أن يتوافر في عقد

---

[١] الكيلاني ، **عمليات البنوك – الكفالات المصرفية وخطابات الضمان**، مرجع سابق ، ص ٢٣٨.

[٢] أبو عياد ، **وثيقة خطاب الضمان المصرفي** ، مرجع سابق ، ص ص ١٤٦ ، ١٤٧.

[٣] الكيلاني ، **عمليات البنوك – الكفالات المصرفية وخطابات الضمان**، مرجع سابق ، ص ٢٤٠.

[٤] أبو صد ، **أحكام خطاب الضمان المصرفي**، مرجع سابق ، ص٥٣.

خطاب الضمان كأي عقد آخر ، من أركان وشروط انعقاده العامة مثل التراضي والأهلية وصحة المحل ومشروعية السبب بالإضافة إلى الشروط الخاصة التي يجب أن تتضمن خطاب الضمان عند صدوره وهي بيانات لازمة كاسم المورد ومبلغ الضمان والغرض منه ومده سريانه ، كما يتضمن الخطاب تعهداً من البنك يدفع قيمته عند أول طلب من المورد دون حاجة إلى أخذ موافقة المستورد وبالرغم من معارضته إلا في حالة الغش أو التعسف الظاهر. [١]

ومن خلال ما تقدم نرى أن علاقة المستورد بالبنك تتمثل بإصدار عقد خطاب الضمان حيث يتم بموجب هذا العقد الاتفاق بين البنك والمستورد على إصدار خطاب ضمان بشروط معينة لصالح المورد وهذه العلاقة تكسب أطرافه حقوقاً وترتب عليهم التزامات ، لذلك سوف يتم البحث عن التزامات المستورد في مواجهة البنك ، ومن ثم التزامات البنك في مواجهة المستورد في خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا وعلى النحو التالي :-

أولا / التزامات المستورد في مواجهة البنك

يلتزم المستورد في مواجهة البنك بتقديم غطاء لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا وتنقسم هذه الأغطية إلى ثلاث صور وهي الغطاء النقدي والغطاء العيني والغطاء المعنوي ، كما يلتزم المستورد بدفع العمولة والفوائد في مواجهة البنك وكذلك الالتزام بدفع قيمة خطاب الضمان وفيما يلي بيان ذلك :-

١. **الالتزام بتغطية خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا**

يلتزم المستورد بأن يقدم للبنك غطاء لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا يتيح للبنك أن يحصل منه على ما يدفعه للمورد ، أو على الأقل جزء لا بأس به من قيمة خطاب الضمان [٢]، ويمكن تعريف الغطاء بأنه " الضمان الذي يطلبه البنك من المستورد طالب لإصدار خطاب الضمان ليغطي مركزه عن المبلغ الذي يتعهد بدفعه فيما لو اضطر إلى ذلك تنفيذاً لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا " ، ويتوقف تحديد مقدار الغطاء على ثقة البنك بالمستورد فكلما كان المستورد معروفا لدى البنك تكون نسبة الغطاء اقل ، وقد يصدر

---

[١] الكيلاني ، **آثار خطابات الضمان المصرفية** ، مرجع سابق ، ص٥٠.

[٢] علم الدين ، **موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية** ، مرجع سابق ، ص٥٨١.

الخطاب دون غطاء أي على المكشوف إذا كان المستورد من عملاء البنك الجيدين وله أموال يحتفظ بها لدى البنك. [1]

وكذلك قد يكون غطاء خطاب الضمان نقديا ، أو عينيا ، أو معنويا على النحو التالي :-

- الغطاء النقدي: يتمثل بتقديم المستورد مبلغاً من النقود يساوي قيمة خطاب الضمان ونفقاته ، ويحتفظ بالغطاء بحساب غطاء نقدي مقابل خطابات الضمان في عقود نقل التكنولوجيا.
- الغطاء العيني: ويكون على عدة أنواع أهمها الأوراق المالية ، والأوراق التجارية تدفع كغطاء لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا.[2]
- الغطاء المعنوي: وهو الثقة التي يتمتع بالمستورد لدى البنك ، وبموجبها يسمح البنك للمستورد أن يتقاضى خطاب الضمان ، وقد يكون الغطاء بتقديم المستورد أحد حقوقه المعنوية التي يمتلكها. [3]

٢. التزام المستورد بدفع العمولة والمصاريف والفوائد في مواجهة البنك

العمولة هي مقابل خدمة إصدار خطاب الضمان ويستحقها البنك ولو لم يدفع أي مبلغ للمورد يلتزم المستورد بدفعها وفقاً للنسبة التي يحددها العرف المصرفي ، وعادة ما تكون نسبة العمولة من (١% إلى ٢%) سنوياً [4] ، إضافة للمصاريف التي ينفقها البنك في سبيل إتمام إصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، ويلتزم المستورد بدفعها للبنك أيضا ، كذلك ويجب على المستورد في ظل القوانين التجارية والعرف المصرفي أن يدفع الفائدة عن الائتمان النقدي الذي يمنحه البنك ، والمتمثل فيما يدفعه عنه للمورد عند الطلب أو في حالة عدم استطاعة المستورد من الوفاء بالتزاماته تجاه المورد ، إلى ذلك ذهب المشرع المصري في المادة (٣٦٠) من القانون التجارة إلى أنه " إذا دفع البنك للمستفيد(المورد) المبلغ المتفق عليه في خطاب الضمان جاز الرجوع له على الآمر

---

[1] أبو صد، **أحكام خطاب الضمان المصرفي**، مرجع سابق، ص٥٥ ، ٥٦ .

[2] جعفر ، عبد الإله نعمة (٢٠٠٧) ، **النظم المحاسبية في البنوك وشركات التأمين** ، ط١، عمان : دار المناهج للنشر والتوزيع ، ص ٢٠٤.

[3] ألبنا ، **الطبيعة القانونية لالتزام البنك مصدر خطاب التعهد** ، مرجع سابق ، ص٣٦.

[4] العكيلي ، عزيز (٢٠٠٧) ، **شرح القانون التجاري** ، **الأوراق التجارية وعمليات البنوك** ، ج٢ ، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ص ٤٦١.

(المستورد) بمقدار المبلغ المدفوع وعائده ..." ، والمقصود بالعائد هنا هي الفوائد القانونية لأنها هي التي تستحق من تاريخ منح الضمان لصالح المورد . (١)

٣. الالتزام بدفع قيمة خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

ويعد هذه الالتزام من أهم الالتزامات في نظر البنك ، حيث يتمكن البنك من استرداد قيمة خطاب الضمان في حال تنفيذ التزامه بناء على طلب المورد ، فعندما يصدر خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بتأمين نقدي بنسبة (٥%ـــ٢٥%) من قيمة الخطاب ويقوم البنك بدفع قيمة خطاب الضمان للمورد فانه يكون قد دفع الفرق بين قيمة الخطاب ونسبة الغطاء التي دفعها المستورد وأما باقي النسبة يدفعها البنك من أمواله مودعيه والبنك يهتم بإعادة هذه الأموال إلى خزينته ليعيدها إلى أصحابها إذا ما طلبوها ، لذلك يلتزم المستورد أمام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا، إذا ما قام البنك بدفع قيمة الخطاب للمورد . (٢)

بمعنى أن المستورد لا يلتزم بدفع قيمة خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا إلا إذا أوفى البنك قيمة خطاب الضمان وفاءً حقيقياً استنادا على طلب المورد ، عندها ينشأ حق البنك بالرجوع على المستورد بدفع قيمة خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا .

ثانياً: التزامات البنك في مواجهة المستورد

هناك العديد من الالتزامات التي تقع على عاتق البنك تجاه المستورد عندما يتم إصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، حيث يلتزم البنك بدفع قيمة خطاب الضمان للمورد إذا ما طلب منه ذلك ، ويلتزم بإخطار المستورد بدفع قيمة الخطاب ، وكذلك يلتزم برد غطاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا وفي ما يلي بيان هذه الالتزامات من خلال النقاط الآتية:-

١. إصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

يلتزم البنك في مواجهة المستورد بإصدار خطاب الضمان ووصوله إلى علم المورد بناء على الشروط المتفق عليها (٣)، وإلا سوف يتحمل البنك كافة المسؤوليات في حالة عدم

---

(١) العامري ، **الخدمات المصرفية الائتمانية في البنوك الإسلامية** ، مرجع سابق ، ص ٤٥١ .

(٢) أبو صد، **أحكام خطاب الضمان المصرفي**، مرجع سابق، ص٦٤ .

(٣) الجبر، محمد محسن (١٩٩٧) ، **العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية**، الرياض: مطابع جامعة الملك سعود للنشر، ص ٣٢٥ .

إصداره لخطاب الضمان وفقاً للتعليمات والشروط المتفق عليها ، لذلك يقوم البنك في حال إصدار خطاب الضمان بعمل دراسة وافية بكل عناية ودقة كدراسة مركز المستورد وطلبه والشروط التي يتم إدراجها في خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا .[١]

٢. دفع قيمة خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

يلتزم البنك بدفع أصل المبلغ الوارد في خطاب الضمان الصادر إلى المورد بناء على عقد إصدار خطاب الضمان واستنادا إلى التعهد الذي تم بين المستورد والبنك بدفع قيمة الخطاب لدى أول طلب يتلقاه البنك من المورد خلال المدة المتفق عليها في خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا ، إلا في بعض الحالات الاستثنائية وهي حالة الغش والتعسف الظاهر من المورد.[٢]

٣. إخطار المستورد بدفع

يلتزم البنك بإخطار المستورد بورود طلب من المورد لتسيل الخطاب وذلك قبل الدفع، للمحافظة على مصالح المستورد ، وهذا الإجراء يمكن المستورد من الاتصال بالمورد ليمنعه من تسيل الخطاب أو الاتفاق على تمديد مدة الخطاب ، كما قد يكون طلب المورد منطوياً على غش أو تعسف فيستطيع المستورد دفعه دون تقييد البنك بما يرد إليه من رد المستورد ، لعدم استطاعته الاعتراض على دفع قيمة خطاب الضمان لأن التزام البنك التزام أصلي ومستقل عن التزام المستورد في خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا.[٣]

٤. رد غطاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

إن غطاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا هو الضمان الذي قدمه المستورد للبنك عند الاتفاق على إصدار خطاب الضمان، ولا يتوقف إعادة الغطاء إلى المستورد على انقضاء مدة سريان الخطاب دون أن يطالب المورد بقيمته فحسب ، بل يلتزم البنك برد هذا الغطاء إذا دفع المستورد قيمة ما دفعه البنك للمورد مضافا إليه الفوائد المتفق عليها والعمولات.[٤]

---

[١] أبو صد، **أحكام خطاب الضمان المصرفي**، مرجع سابق ، ص ص ٦٦، ٦٨.

[٢] السيسي ،**الموسوعة المصرفية العلمية والعملية**، مرجع سابق ، ص ٣٨١.

[٣] عبد الله ، **خطاب الضمان المصرفي في ضوء الشريعة الإسلامية** ، مرجع سابق ، ص ٧٦.

[٤] الكيلاني ، **آثار خطابات الضمان المصرفية** ، مرجع سابق ، ص٥١.

الفرع الثالث

العلاقة بين البنك والمورد في خطاب الضمان

وهي العلاقة التي تنشأ من حين إرسال البنك لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا إلى المورد ، وتتميز هذه العلاقة بأنها علاقة مستقلة عن العلاقتين السابقتين ولا تتأثر بها في صحتها ووجودها [١] ، ويكون للمورد بعد تسلمه لخطاب الضمان مدة معينة لاعتراضه ، فإذا لم يعترض خلال هذه المدة تأكد حقه قبل البنك ، وبرئت ذمة المستورد تجاهه من الالتزام بقديم التأمين المطلوب. [٢]

وتنشأ التزامات متبادلة بين البنك والمورد استنادا إلى العلاقة الناشئة بينهما وفي ما يلي بيان هذه الالتزامات :-

أولا : التزامات المورد في مواجهة البنك

يلتزم المورد في خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا قبل البنك بالتزامين مهمين أساسيين وفي ما يلي بيانهما :-

١. يلتزم المورد بإعادة خطاب الضمان وكتب التمديدات إلى البنك مصدر خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا وذلك بعد انتهاء الغرض الذي صدر من أجله خطاب الضمان أو قيام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا.
٢. يلتزم المورد بشروط خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا وحسب الصيغة التي ورد فيها خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا. [٣]

ثانيا: التزام البنك في مواجهة المورد

تدور العلاقة بين البنك والمورد حول التزام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ومدى إمكانية امتداده أو تعديله ، تجاه المورد وكما يلي بيان ذلك :-

---

[١] دويدار ، **العقود التجارية والعمليات المصرفية** ، مرجع سابق ، ص٢٣١.

[٢] علم الدين ، **موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية** ، مرجع سابق ، ص٧٠٢.

[٣] درويش، **المحاسبة المصرفية** ، مرجع سابق ، ص ص ١٧٨ ، ١٧٩.

١. التزام البنك بدفع قيمة خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

يلتزم البنك بأن يدفع للمورد مبلغ الضمان عند أول طلب منه ورغم إي معارضة من المستورد وذلك لكون علاقة البنك بالمورد علاقة مستقلة عن علاقته بالمستورد وعن علاقة المستورد بالبنك.

٢. مد اجل خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

يلتزم البنك بمد مدة خطاب الضمان في حالة انتهاء المدة ، دون أن ينتهي عقد نقل التكنولوجيا فتدعو الحاجة بالمورد إلى طلب من المستورد أو من البنك مد اجل خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا والبنك ليس له أن يقرر بمفرده مد اجل الخطاب دون الحصول على موافقة المستورد .

٣. تعديل خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

في حالة أراد المورد تعديل خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بموافقة جميع المستورد والبنك على تعديل خطاب الضمان فأن البنك يلتزم بتعديله على أن يكون حق المورد قد ثبت بقبوله خطاب الضمان وعدم اعتراضه عليه .[١]

ومن خلال ما تقدم في هذا المبحث والذي تطرقنا فيه للآثار القانونية لخطاب في عقود نقل التكنولوجيا من خلال العلاقات التي تربط بين أطرافه وعن التزامات المستورد والمورد والبنك الأكثر شيوعاً في خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا قد يكون هناك التزامات أكثر من ذلك تفرض في عقود نقل التكنولوجيا ، وقد يكون هناك التزامات أخف من تلك التي بيناها في عقود أخرى .

هذه أهم الآثار القانونية التي قد تنتج في حال تم إصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، ولابد من وجود طرق لانقضاء هذا الخطاب ، فما هي الكيفية التي يتم بها انقضاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، وما هي النتائج المترتبة على ذلك ؟

---

[١] هلسة ، عماد أديب (٢٠٠٠) ، العلاقة بين البنك والمستفيد في خطاب الضمان المصرفي ، **مجلة نقابة المحامين** ، ٤٨ (٥/٤) ، ١٤٦٥-١٤٨٤، الأردن : نقابة المحامين ، ص ص ١٤٦٧ -١٤٧٦.

المطلب الثاني

انقضاء خطاب الضمان وآثاره في عقود نقل التكنولوجيا

خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا هو أن يتعهد البنك بموجبه بدفع مبلغ معين للمورد خلال مدة محددة ، إذاً فهو التزام وكما للالتزام بداية فلا بد له من نهاية ، فبداية هذا الالتزام تتم عندما يصدر البنك خطاب الضمان لصالح المورد ووصوله إلى علمه ، حينها يصبح الخطاب ملزماً لأطرافه منتجاً لآثاره ، ويبقى هذا الالتزام ساري المفعول إلى الوقت الذي لابد أن ينقضي فيه فتكون نهايته [١] ، وكأي التزام عادي فأن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ينتهي لعدة أسباب إما بالوفاء بقيمته بناءً على طلب المورد أو ما يقوم مقام الوفاء ، وإما ينتهي بغير الوفاء كالإبراء ، وانتهاء الغرض منه قبل انتهاء مدته ، وانتهاء المدة بغير مطالبة ، وباستحالة التنفيذ والتقادم . [٢] وعندما ينقضي خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا لا بد أن يولد عدة آثار تختلف باختلاف الطريقة أو الوسيلة التي أدت إلى سبب انقضاء الخطاب ، لذلك سوف نبحث في انقضاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا أولاً ، ومن ثم بعد ذلك عن الآثار المترتبة على هذا الانقضاء في الفرعين التاليين :-

الفرع الأول

انقضاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

الفرع الثاني

آثار انقضاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

---

[١] أبو صد، **أحكام خطاب الضمان المصرفي**، مرجع سابق ، ص ١٢٧.

[٢] ألبنا ، **الطبيعة القانونية لالتزام البنك مصدر خطاب التعهد** ، مرجع سابق ، ص ٤١ .

الفرع الأول

انقضاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

قبل البحث في أسباب انقضاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا لابد من القول أن الوضع الطبيعي لانقضاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا هو انتهاء مدته دون مطالبة من المورد بحيث لو قام كل طرف من أطراف عملية إصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بتنفيذ التزامه وفقاً لما هو متفق عليه بالعقد الذي هو أحد أطرافه فلا شك أن خطاب الضمان سيعاد إلى البنك دون مطالبة ، لأن الغاية من إصدار خطاب الضمان للمورد هو ضمان جدية المستورد في تنفيذ التزاماته والمحافظة على سرية التكنولوجيا بموجب عقد نقل التكنولوجيا ، فلو قام بذلك فلن يضطر المورد إذا كان حسن النية إلى طلب قيمة خطاب الضمان وعليه سوف يعاد الخطاب إلى البنك دون مطالبة ، أما لو أخل المستورد بتنفيذ التزاماته ، أو بأي جزء منها فإن المورد يقوم بطلب قيمة الخطاب من البنك ، وهنا ينقضي التزام البنك تجاه المورد وهذا هو الوفاء بقيمته بناءً على طلب المورد أو ما يقوم مقام الوفاء ، وإما ينتهي بغير الوفاء كالإبراء ، وانتهاء الغرض منه قبل انتهاء مدته ، وانتهاء المدة بغير مطالبة ، وباستحالة التنفيذ والتقادم هذه أسباب انقضاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا (١) ، والتي سوف نبحثها فما يلي:-

أولا / انقضاء خطاب الضمان بالوفاء أو ما يقوم مقامه

ينقضي خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا عندما يقوم البنك بدفع قيمة خطاب الضمان للمورد ، سواءً كان الدفع نقداً أو كان عن طريق تقييده في حسابه ، إذا طلب المورد قيمة الخطاب خلال المدة المحددة به ، حيث يلتزم البنك بطلب المورد دون أي معارضة من المستورد ما دام الخطاب غير مشروط ، أما إذا كان خطاب الضمان مشروطاً وجب على البنك التحقق من توافر شروطه ، فإن كان الشرط هو إخلال من المستورد في التزاماته ، وجب على المورد إن يحدد نوع الإخلال وعلى المستورد إن يثبت عكس ذلك بالكتابة الصادرة من المورد إليه ، فلو عجز المستورد عن ذلك ، وجب على البنك الدفع لأن الأصل أن المستورد مشغول الذمة بالالتزام المشروط به الخطاب. (٢)

ومتى تم الوفاء على هذا الوجه ينقضي خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا وينقضي تبعاً لذلك التزام البنك بوفائه بقيمة الخطاب للمورد ، هذا في حال إذا كان المورد قد طالب بكامل

---

(١) أبو صد ، **أحكام خطابات الضمان المصرفية** ، مرجع سابق ، ص ١٢٨.

(٢) علم الدين ، **خطاب الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك** ، مرجع سابق ، ص ٨٧.

قيمة خطاب الضمان دفعة واحدة وأداها البنك ، أما إذا كان المورد قد طالب بجزء من قيمة خطاب الضمان ، وضمن طلبه أو تقدم بخطاب مستقل للبنك يفيد فيه بأنه يتنازل عن المطالبة بالجزء المتبقي من قيمة خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا لأي سبب من الأسباب باعتبار أن الجزء الذي طالب بوفائه كافياً لسد الضرر أو تعويضه ، ففي هذه الحالة ينتهي الالتزام الوارد بالخطاب ، وينتهي التزام البنك تبعاً لذلك ، أي لا يحق للمورد أن يرجع في تنازله بعد إخطاره للبنك بذلك صراحة .[1]

أما إذا قام المورد بالمطالبة بجزء من قيمة خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ولم يحدد مصير الجزء الآخر ، لأن الأصل بقاء الحق أما النزول عن الجزء المتبقي لا يفترض لدى البنك ، وبالتالي يبقى التزام البنك قائماً في الجزء المتبقي من قيمة خطاب الضمان ، بمعنى يحق للبنك أن يطلب البنك بجزء من قيمة الخطاب مع بقاء الجزء المتبقي لدى البنك صالحاً متى ما لم تنقضي مدة خطاب الضمان ، فمتى ما قام المورد بمطالبة بالجزء المتبقي خلال المدة المحددة ، فلا يكون أمام البنك إلا دفع قيمة الخطاب على أن لا تزيد المطالبات الجزئية في مجموعها عن قيمة خطاب الضمان ، ويلتزم البنك أن يدفع قيمة خطاب الضمان بالعملة المذكورة في الخطاب إذا كان المورد شخصاً غير مقيم ، كذلك يلتزم بان يدفع إلى المورد المقيم العملة المحلية المذكورة في الخطاب حتى لو اختلفت قيمتها عن قيمة العملة الأجنبية في وقت صدر فيه خطاب الضمان لأن البنك يشترط على المستورد غير المقيم أن يتحمل الفرق الذي ينتج عن تقلبات أسعار النقد الأجنبي بالنسبة للنقد المحلي، وبعد سداد قيمة خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا يقوم البنك بإلغائه من سجلاته حتى لو لم يتسلم أصل الخطاب من المورد ، وللبنك أن يرجع على المستورد بالمبلغ الذي دفعه ، مضافاً إليه الفوائد والمصاريف والعمولة المستحقة له .[2]

ويقوم مقام الوفاء في الدفع للمورد وإبراء ذمة البنك ، المقاصة فيما بين دين البنك في ذمة المورد وقيمة الخطاب إذا توفرت شروطها ، على أن يرجع البنك على المستورد في هذه الحالة كما لو كان قد أوفى المورد ، كذلك يقوم مقام الوفاء ، اتحاد الذميتين فيما بين البنك والمورد بحيث يصبح المستورد مديناً للكيان الجديد بأصل الالتزام الذي أنشاه خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، وكذلك يقوم مقام الوفاء اتحاد الذميتين فيما بين المستورد والمورد في أي شخص

---

[1] عبد الله ، **خطاب الضمان المصرفي في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون والقواعد الدولية** ، مرجع سابق ، ص١٤١.

[2] علم الدين ، **خطاب الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك** ، مرجع سابق ، ص ص ٨٨ -٨٩.

منهما ، فيصبح من حصل على اتحاد الذمة في شخصيته دائناً ومديناً للبنك فينقضي الدين والحق باتحاد الذمة . [١]

ثانياً / انقضاء خطاب الضمان بغير الوفاء

سبق وأن بينا أسباب انقضاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، وبينا أن البنك يقوم بدفع قيمة خطاب الضمان إذا صدر من المستورد في بعض الحالات إخلالاً بالتزاماته ، مما يؤدي إلى قيام المورد طلب قيمة خطاب الضمان ، ولكن انقضاء خطاب الضمان ليس دائما ينتهي بالوفاء فهناك حالات أخرى ينتهي بها خطاب الضمان ولكن ليس بالوفاء ، كانتهاء اجل خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا دون مطالبة من قبل المورد ،أو انتهاء الغرض منه قبل انتهاء مدته أو صدور إبراء من المورد للبنك ، وقد ينقضي خطاب الضمان بالتقادم أو باستحالة التنفيذ وفيما يلي بيان أسباب انقضاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بغير الوفاء :-

١. انقضاء خطاب الضمان بانتهاء أجله بغير مطالبة

إن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا محدد بمدة زمنية ، وإن التزام البنك قبل المورد يكون محدد بهذه المدة المدونة في متن خطاب الضمان بحيث يكون هذا التاريخ حداً أقصى لالتزام البنك ، وليس هذا التاريخ هو تاريخ استحقاق لأن التزام البنك يصدر مستحقاً فور صدوره ويبقى كذلك حتى حلول التاريخ الوارد في متن خطاب الضمان بعد هذه المدة ولا يلتزم البنك تجاه المورد بقيمة الخطاب بسبب انتهاء مدة الخطاب ، لأن البنوك تقوم على تدوين تاريخ انتهاء سريان خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، بمعنى أن التاريخ المثبت في الخطاب ، يمكن اعتباره شرطاً فاسخاً ، فمتى ما حل هذا الأجل أي تاريخ انتهاء الخطاب ، دون أن يقوم المورد بأية مطالبة قبل حلول هذا الأجل الفاسخ عندها ينقضي خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، وتصبح أية مطالبة ترد من قبل المورد بعد ذلك عديمة الأثر حتى ولو لم يتم تنفيذ عقد نقل التكنولوجيا كاملاً بعد. [٢]

هذا في حال افتراض مدة خطاب الضمان كانت محددة فيه ، ولكن ماذا لو صدر خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا دون أن يحدد فيه المدة ، فهل يستطيع البنك إلغاؤه متى شاء أم لا ؟

---

[١] طلافحة ، **الكفالات المصرفية في الفقه الإسلامي والقانون الأردني: دراسة فقهية مقارنة**، مرجع سابق ، ص٤٨.

[٢]أبو صد ، **أحكام خطابات الضمان المصرفية** ، مرجع سابق ، ص ١٤٠.

أنقسم الفقه في ذلك إلى رأيين فذهب الرأي الأول بأنه إذا كان خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا قد صدر غير محدد المدة ، فعدم وجود تاريخ لإنهاء خطاب الضمان يلتزم به البنك ، يعطيه الحق بإنهاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا وبالوقت الذي يشاء وبالتالي يجوز للبنك أن يقوم بإنهاء الخطاب في أي وقت بشرط أن يخطر المورد بقيامه بإنهاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا خلال مدة معقولة. [١]

بينما ذهب رأي أخر بأنه لا يمكن للبنك أن يقوم بإلغاء خطاب الضمان غير محدد المدة إلا بعد إن يسقط حق المورد بالتقادم . [٢]

ويرى الباحث بأن حق المورد في خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا لا يسقط إلا بالتقادم في الحالات التي يكون فيها إصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا غير محدد المدة ، بحيث لا يستطيع البنك إلغاء حق المورد إلا في حالة التقادم ، أي بعد مرور ١٥ سنة على تاريخ إصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا.

فإذا انقضى خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بانتهاء التاريخ المحدد في بغير مطالبة من المورد ، يرسل البنك إلى المورد أخطاراً يشير فيه إلى أن التزامه في خطاب الضمان قد انتهى وذلك بعدم المطالبة خلال مدة سريان الخطاب ، وقد جرى إلغائه من سجلات البنك ، ويطلب إليه رد أصل الخطاب مع العلم أن إلغاء خطاب الضمان من سجلات البنك لا يتوقف على رد أصل خطاب الضمان وذلك لان الخطاب أصبح معدوم القيمة ، ولكن يطلب البنك رده من اجل استيفاء ملفاته . [٣]

وقد صدرت عدة توصيات عن اتحاد البنوك في مصر عام ١٩٥٨، وقد استقر العرف عليها ، وهذه التوصيات لمعالجة مشكلة عدم إعادة المورد أصل خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا وهي :-

- ينتهي مفعول خطاب الضمان تلقائيا بانتهاء الأجل المنصوص عليه فيه.
- عند انتهاء الأجل يخلو طرف البنك الذي اصدر خطاب الضمان نهائيا من التعهد موضوعه.

---

[١] عوض ، **خطابات الضمان المصرفية** ، مرجع سابق ، ص ٢٨٢.

[٢] علم الدين ، **موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية** ، مرجع سابق ، ص ٦٠٤.

[٣] ألبنا ، **الطبيعة القانونية لالتزام البنك مصدر خطاب التعهد** ، مرجع سابق ، ص ٤٤

- انه لا داعي مطلقاً لانتظار عودة خطاب الضمان حتى يخلى طرف العملاء أو المراسلين الذين صدر لحاسبهم هذا الخطاب . [١]

٢. انقضاء خطاب الضمان بانتهاء الغرض منه

يصدر خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا لغرض معين ، ففي حالة انتهاء هذا الغرض ينقضي خطاب الضمان، فلو أوفى المستورد بالتزامه في علاقته مع المورد أو انقضت التزاماته في مواجهة المورد بوسائل الانقضاء الأخرى [٢]، وقد يكون الغرض من إصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا هو لحماية سرية التكنولوجيا ، وان نطاق الالتزام بالحفاظ على السرية إذا لم يحدد له فترة معينة فانه يكون مرهوناً بسرية المعلومات والمعارف التكنولوجية محل الالتزام بالسرية ، فان فقدت صفتها السرية وأذيعت وفقدت قيمتها قبل انتهاء الفترة المحددة لها بسبب خارج عن إرادة المستورد ، كمل لو توصل إليها الغير بالبحث وإجراء التجارب ثم تمت إذاعتها فلا مبرر لبقاء المستورد ملتزماً بالحفاظ على سريتها ، وتبعاً لذلك ينقضي خطاب الضمان لانقضاء الغرض منها. [٣]

وعلى هذا الأساس لا يبقى للمورد حق في قيمة الخطاب ويجب أن يعيده إلى البنك وفي جميع الأحوال فان إعادة الخطاب إلى البنك يؤدي إلى انقضاء التزام البنك في مواجهة المورد على أن تتم إعادة خطاب الضمان قبل انقضاء اجله وترتب على ذلك إبراء ذمة البنك . [٤]

وفي العادة يتلقى البنك خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا من المورد مباشرة ، وقد يتلقاه من المستورد إذا استلمه المستورد من المورد ليعيده للبنك ، وفي كلتا الحالتين ينبغي على البنك أن يتمسك برد أصل خطاب الضمان وذلك في الحالات التي جرى فيها تسليم أصل خطاب الضمان إلى المستورد ، واستوجب الاحتياط إرسال صورة منه إلى المورد بالبريد المسجل بعلم الوصول . [٥]

---

[١] علم الدين ، **خطاب الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك** ، مرجع سابق ، ص ٩٤.

[٢] طلافحة ، **الكفالات المصرفية في الفقه الإسلامي والقانون الأردني: دراسة فقهية مقارنة**، مرجع سابق ، ص٤٨.

[٣] الخفاجي ، **الالتزام بالسرية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا (دراسة مقارنة)** ، مرجع سابق ، ص ٣٨٤.

[٤] الكيلاني ، **عمليات البنوك – الكفالات المصرفية وخطابات الضمان**، مرجع سابق ، ص ٢٨٥.

[٥] عوض ، **خطابات الضمان المصرفية** ، مرجع سابق ، ص ٢٨٥.

وعند انتهاء الغرض من خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا قبل انتهاء السقف الزمني المحدد له ، يلتزم المورد بإرجاع أصل الخطاب للبنك للدلالة على انقضاء الغرض من هذا الخطاب ، لأن مدة لم تنتهي بعد ، بخلاف لو انتهت مدة خطاب الضمان عندها تصبح قيمة الخطاب معدومة لدى الورد ، وعلى هذا الأساس يستطيع البنك إلغاء خطاب الضمان من سجلاته دون التوقف على رد أصل خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا .[١]

٣. انقضاء خطاب الضمان بالإبراء

يختلف أثر الإبراء الصادر من المورد إلى المستورد على التزام البنك بصدد خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بحسب طبيعتها القانونية (خطابات مشروطة أو غير مشروطة) ، فأن كان الخطاب مشروطاً بحصول إخلال من قبل المستورد بالتزاماته تجاه المورد ، كان للإبراء أثر منه لالتزام البنك بصدد خطاب الضمان وذلك لأن الشرط يستحيل تحققه بعد حصول الإبراء ، لأنه لا يتصور أن يقع من المستورد إخلال بالتزامه تجاه المورد ، بعد أن ابرأه هذا الأخير منه ، لذلك ينقضي خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بانقضاء التزام المستورد بالإبراء ، وينقضي التزام البنك تبعاً لذلك [٢]، أما إذا كان خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا غير مشروط ، فلا يكون للإبراء أثر على التزام البنك قبل المورد ، حيث يظل هذا الالتزام قائماً ومع ذلك يكون لهذا الإبراء أثر إذا نص فيه على تنازل المورد عن حقه على خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا. [٣]

والإبراء من الالتزام يجب أن يقع من المورد وهذا الإبراء قد يصدر إما للبنك أو يصدر للمستورد ، أو قد يصدر لكليهما معاً ، ففي الحالة أن يصدر الإبراء للبنك ينقضي التزامه ويصبح بريء الذمة ، أما إذا ورد إبراء خطاب الضمان للبنك قبل انتهاء مدة من قبل المستورد فيجب على البنك أن يتأكد أن المورد قد قام بإبراء المستورد ، لأنه قد يكون مبنياً على غش ففي هذا الحالة يبقى البنك ملتزماً أمام المورد إذا كان أجله لا زال ساري المفعول وذلك لأن المورد لم يُبرأ المستورد . [٤]

---

[١]ألبنا ، **الطبيعة القانونية لالتزام البنك مصدر خطاب التعهد** ، مرجع سابق ، ص ٤٤.

[٢]عمر ، **النظام القانون لخطابات الضمان المصرفية** ، مرجع سابق، ص ص ٣٠٧ ، ٣٠٨.

[٣]علم الدين ، **موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية** ، مرجع سابق ، ص ٦٠٣.

[٤]أبو صد ، **أحكام خطابات الضمان المصرفية** ، مرجع سابق ، ص ص ١٤١ ، ١٤٢.

٤. **انقضاء خطاب الضمان بالتقادم**

ينقضي خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا إذا كان الضمان غير محدد المدة ولا يمكن تصوره في الضمان المحدد المدة لأن ينقضي بانقضاء تلك المدة المحددة في خطاب الضمان ، إلا أن هذا النوع من الخطابات قليل جداً من الناحية العملية ، لأنه لا يوجد أي بنك يقبل أن يصدر خطاب ضمان يبقى فيه ملتزماً إلى ما لا نهاية ، فالبنك لديه سجلات وقيود تهتم بتحديد أجل انتهاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، ليتمكن من مطابقة ذلك على هذه السجلات والقيود . [١]

وفي هذه الحالة ينقضي خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بعد خمسة عشر عاماً من تاريخ إصداره للخطاب الضمان إذا كان الالتزام منجزاً ، ومن تاريخ تحقق الشرط إذا كان البنك معلقاً على شرط محدد في صلب صياغة خطاب الضمان [٢]، بمعنى أن ينقضي التزام البنك بمضي خمسة عشر عاماً من تاريخ إصدار الخطاب غير محدد المدة ، وذلك بشرط عدم حدوث في أثناء هذه الفترة ما يعتبر قاطعاً أو موقفاً للتقادم ، كما لو طلب المورد – في أثناء هذه المدة- بجزء من قيمة خطاب الضمان ، فإن هذه المطالبة تقطع التقادم وتنشأ مدة تقادم جديدة تبدأ من تاريخ تلك المطالبة وتسري على الجزء الباقي من المبلغ المضمون في خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا . [٣]

٥. **انقضاء خطاب الضمان باستحالة التنفيذ**

قد يستحيل تنفيذ خطاب الضمان أمام المورد في عقود نقل التكنولوجيا ، فما هو أثر هذه الاستحالة على التزام البنك تجاه المورد؟

قبل الإجابة على هذا التساؤل ينبغي أن يتم التفريق بين استحالة التنفيذ العائدة للمستورد واستحالة التنفيذ العائدة للبنك ، فإن كانت الاستحالة عائدة إلى المستورد في تنفيذ التزاماته تجاه المورد في عقود نقل التكنولوجيا ، وهنا يجب التفريق كذلك بين حالتين : الحالة الأولى وهي إذا كانت الاستحالة راجعة إلى تقصير المدين فانه يكون من المورد طلب قيمة خطاب الضمان ، أما الحالة الثانية فهي إذا كانت الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه أو كانت ترجع إلى فعل الدائن ، وهنا يختلف أثرها على التزام البنك فيما إذا كانت مشروطة

---

[١] أبو صد ، **أحكام خطابات الضمان المصرفية** ، مرجع سابق ، ص ١٤٢.

[٢] السيسي ،**الموسوعة المصرفية العلمية والعملية**، مرجع سابق ، ص ٣٩٥.

[٣] هلسة ، **العلاقة بين البنك والمستفيد في خطاب الضمان المصرفي** ، مرجع سابق ، ص ١٤٨٠

أو غير مشروطة ، فلا أثر لهذه الاستحالة على التزام البنك أمام المورد في خطاب الضمان غير المشروط الصادر عن البنك [١]، أما خطاب الضمان الذي شرط فيه انقضاء التزامه في مواجهة المورد إذا استحال تنفيذ الالتزام الأصلي الملقى على عاتق المستورد في علاقته بالمورد فأنه ينقضي باستحالة التنفيذ لأن الشرط المعلق عليه الخطاب يصبح غير ممكن تحقيقه. [٢]

أما في استحالة البنك في تنفيذ التزامه تجاه المورد بحيث أن هذا البنك قد أفلس أو تمت تصفيته فما هو وضع خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ؟

ففي هذه الحالة نرى أن خطاب الضمان ينتهي في هذه الحالة بسبب استحالة التنفيذ من قبل البنك ، أذا كانت هذه الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لا دخل له فيه.[٣]

الفرع الثاني

آثار انقضاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا

تبين لنا في ما سبق أسباب انقضاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، وأن انقضاء خطاب الضمان يترتب عليه آثار ونتائج وهذه الآثار والنتائج تختلف باختلاف السبب الذي تم فيه انقضاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، فهنالك آثار تترتب على انقضاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بالوفاء ، وآثار أخرى تترتب على انقضاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بغير الوفاء ، وفيما يلي بيان ذلك :-

أولا / الآثار المترتبة على انقضاء الخطاب في عقود نقل التكنولوجيا بغير الوفاء

هنالك أسباب أدت إلى انقضاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بغير الوفاء ، دون أن تؤدي هذه الأسباب إلى خروج مبلغ خطاب الضمان من خزينة البنك ، ولم يقبض المورد قيمة الضمان ، لذلك فإنه يترتب على هذا عدة نتائج وهي :-

١. يقوم البنك عند انقضاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بإلغاء الخطاب من سجلاته ويقوم المورد برد أصل خطاب الضمان ، ولا يتوقف إلغاء خطاب الضمان على

---

[١] أبو جماعة ،**استقلال التزام البنك في خطاب الضمان : دراسة مقارنة** ، مرجع سابق ، ص ١١٨.

[٢] الكيلاني ، **عمليات البنوك – الكفالات المصرفية وخطابات الضمان**، مرجع سابق ، ص ص ٢٨٥، ٢٨٦.

[٣] أبو صد ، **أحكام خطاب الضمان المصرفي** ، مرجع سابق ، ص ١٤٣.

إعادة أصله ، ويسدد البنك كافة القيود المتعلقة بخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا.[١]

٢. بانقضاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بغير الوفاء تبرأ ذمة البنك أمام المورد ، وكذلك تبرأ ذمة المستورد أمام البنك وتنتهي كافة الالتزامات المتعلقة بإصدار خطاب الضمان فيما عدا عقد نقل التكنولوجيا إذا لم يكتمل تنفيذه بعد .[٢]

٣. يلتزم البنك عند انقضاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بغير الوفاء تحرير غطاء خطاب الضمان الذي قدمه المستورد والمحجوز لديه وإعادته فوراً إلى المستورد فإذا كان الغطاء نقداً ، يقوم البنك عادة بقيد المبلغ وإضافته إلى حساب المستورد مع إخطاره بذلك ، بعد خصم منه الفوائد والعمولات والمصاريف من المبلغ الاحتياطي قبل إضافة قيمته لحساب المستورد أو صرف مبلغه إليه ، ويتم تقديم كشف حساب بذلك للمستورد يبين فيه المصاريف التي أنفقها البنك بسبب إصداره لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، أما إذا كان غطاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا غير نقدي كأن يكون رهن عقاري أو رهن حيازي لأسهم أو سندات ، ففي هذه الحالة يقوم البنك بتطهير العقار من الرهن ويقوم بتسليمه فوراً إلى المستورد ، وكذلك الحال بالنسبة للأوراق التجارية والأسهم والسندات ، حيث يقوم بإخطار قسم الأوراق المالية للإفراج عن الأوراق المالية المُتحفظ عليها ، وذلك بعد أن يقوم بإجراءات القيد العكسي في حساباته النظامية .[٣]

إلا إنه ما جرى العمل عليه في قسم من المصارف أنها لا تقوم بتحرير غطاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا أو التأمينات التي قدمها المستورد للبنك إلا بعد قيام المورد أو المستورد بإرجاع أصل خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، والمستقر أن إرجاع أصل خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ليس شرطاً لتحرير الغطاء التأميني الذي قدمه المستورد مقابل إصدار خطاب الضمان إذا كانت المدة محددة في متن الخطاب ، وذلك لأن التزام البنك ينقضي تلقائياً بانقضاء الأجل الوارد بخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا وبالتالي لا تقبل المطالبة التي تصل إلى البنك من قبل المورد بعد انتهاء تاريخ

---

[١] ألنمري ، **مبادئ في العلوم المصرفية "دراسات تطبيقية وعملية"** ، مرجع سابق ، ص٢١٧.

[٢] أبو صد ، **أحكام خطاب الضمان المصرفي** ، مرجع سابق ، ص ١٤٤.

[٣] عوض ، **خطابات الضمان المصرفية** ، مرجع سابق ، ص ص ٢٨٦، ٢٨٧.

سريان خطاب الضمان ، وبرغم من ذلك نجد أن العمل قد جرى في قسم من البنوك على عدم الإفراج عن ضمانات إصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا أو إبراء المستورد من التزاماته إلا بعد انقضاء خمسة عشر يوماً من مدة نهاية خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا .[١]

أما إذا كان خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا غير محدد المدة ، ففي هذه الحالة يلتزم المورد أو المستورد رد أصل الخطاب ، وبخلاف ذلك لا يستطيع البنك الإفراج عن غطاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا إلا بإعادة أصل الخطاب ، أو بعد مرور فترة التقادم والتي سبق وان تم ذكرها (بخمسة عشر عاماً من تاريخ إصداره للخطاب الضمان).

هذه هي الآثار المترتبة في حالة انقضاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بغير وفاء ، ولكن ما هي الآثار المترتبة في حالة انقضاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بالوفاء ؟ هذا ما سوف نبينه في ما يلي :-

ثانياً / الآثار المترتبة على انقضاء الخطاب في عقود نقل التكنولوجيا بالوفاء

قد يقوم البنك بدفع قيمة خطاب الضمان للمورد في عقود نقل التكنولوجيا مما يؤدي إلى انقضاء خطاب الضمان ، يترتب على ذلك نتائج تتعلق بإطراف خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا وهي رجوع البنك على المستورد ، وكذلك رجوع المستورد على المورد، وحتى رجوع البنك على المورد، وفي ما يلي بيان ذلك :-

١. رجوع البنك على المستورد

بعد انقضاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بقيام البنك بوفاء قيمة الخطاب للمورد بناءً على مطالبته في مدة صلاحية خطاب الضمان وبالشروط الواردة بالخطاب [٢]، يكون للبنك حق الرجوع على المستورد بتلك القيمة إذا كان ما قد دفعه من أموال مودعيه في حالة إن كان المستورد لم يقوم بتغطية خطاب الضمان ولكن لديه حسابات أخرى لدى البنك ، لذلك سيعود على المستورد لتحصيل قيمة الخطاب المدفوعة للمورد والتي أصبحت ديناً للبنك في ذمة المستورد من هذه حسابات الأخرى لدى البنك فان المقايضة تقع فوراً ويستطيع البنك

---

[١] عوض ، **خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية**، مرجع سابق، ص٤٣٥.

[٢] عبد الله ، **خطاب الضمان المصرفي في ضوء الشريعة الإسلامية والقانون والقواعد الدولية** ، مرجع سابق ، ص١٣٦.

أن يستوفي دينه من حساب المستورد لديه ، أما إذا كان خطاب الضمان مغطى بالكامل فأن البنك سوف يلجأ إلى دفع قيمة خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا من قيمة الغطاء المحتجز لديه، فيستوفي البنك دينه من هذا الغطاء الذي تحت يده إن كان هذا الغطاء كافياً إضافة إلى المصاريف والفوائد والعمولات ، أي أن البنك سيستوفي من الغطاء كل ما أنفقه نتيجة لإصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ودفع قيمته للمورد .[١]

ولكن ماذا لو لم يقدم المستورد غطاءً أو قدم غطاء جزئياً ، ولم يكن لديه حسابات أخرى لدى البنك ؟

هنا يحق للبنك مطالبة المستورد قضاءً ، ولا يجوز للمستورد في هذه الحالة إثارة أية دفوع في مواجهة البنك غير تلك الدفوع المستمدة من علاقته المباشرة بالبنك ، وذلك عملاً بمبدأ استقلال العلاقات فيما بين أطراف خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا [٢] ، كل ذلك في حالة قيام البنك بالوفاء المورد بقيمة خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا والرجوع بما دفعه بعد ذلك على المستورد وفقاً للشروط المدونة في الخطاب ولكن السؤال الذي يثار هل يجوز للبنك الرجوع على المستورد قبل وفاء المورد بقيمة خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ؟

قبل الإجابة على هذه السؤال يجب التفريق بين العلاقات عن بعضها ، فالبنك في عقد إصدار الخطاب يلتزم بإصدار الخطاب ، وفي مقابل هذا الالتزام فان المستورد يتعهد في مواجهته بدفع قيمة الخطاب له إذا قام البنك بدفعها للمورد ، أي إن قيمة خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا لا ستحق للبنك إلا إذا قام البنك بدفع هذه القيمة للمورد وبحلاف ذلك فأن المستورد لا يكون مديناً للبنك ، إلا بالعمولات التي قد تستحق بذمته سبب إصدار الخطاب على هذه الأساس لا يجوز للبنك الرجوع على المستورد قبل وفاء قيمة الخطاب للمورد .[٣]

٢. رجوع المستورد على المورد

يترتب على انقضاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا رجوع المستورد على المورد بناءً على عقد نقل التكنولوجيا الذي يكون سبباً لإصدار خطاب الضمان وعندما يقوم البنك بدفع قيمة الخطاب للمورد ينقضي التزامه وتبرأ ذمته تجاه المورد وينتهي خطاب

---

[١] أبو عياد ، **وثيقة خطاب الضمان المصرفي** ، مرجع سابق ، ص ص ١٤٢-١٤٤.

[٢] أبو صد ، **أحكام خطاب الضمان المصرفي** ، مرجع سابق ، ص ص ١٤٥، ١٤٦.

[٣] **المرجع ذاته** ، ص ١٤٨.

الضمان ، أما المستورد فيبقى مرتبطاً مع المورد بموجب عقد نقل التكنولوجيا الذي يحكم العلاقة بين طرفيه ، فأن اثبت المستورد أن المورد ليس له الحق بمبلغ خطاب الضمان الذي دفعه إليه البنك ، كأن تكون مطالبته انطوت على غش أو تعسف ظاهر أو أن عقد نقل التكنولوجيا قد أبطل أو فسخ ، فله حق الرجوع على المورد لمطالبته بمبلغ الضمان الذي استلمه منه البنك ، و يكون رجوع المستورد على المورد استناداً على عقد نقل التكنولوجيا ، وكذلك له حق الرجوع استناداً على دعوى الإثراء بلا سبب ، ويقع على المستورد عبء إثبات عدم استحقاق المورد قيمة الخطاب ، كما له الحق في التعويض عن الضرر الذي لحق به بسبب فعل المورد كفوائد تأخيريه قد دفعها للبنك نتيجة لتأخره في دفع قيمة الخطاب . [١]

٣. رجوع البنك على المورد

من الآثار التي يترتب عليها انقضاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا رجوع البنك على المورد حيث يمكن تصور هذه الحالة عند قيام البنك بدفع مبلغ خطاب الضمان للمورد مخالفاً بذلك شروط الخطاب ، كأن قام البنك بالوفاء بقيمة الخطاب بالرغم من انتهاء المدة المحددة له ، ففي هذه الحالة يستطيع البنك العودة على المورد لاسترداد ما دفعه له إذا لم يكن للمورد الحق فيما قبض من البنك ، عن طريق الدعوى غير المباشرة ، وكان المستورد يستطيع العودة على المورد بما قبض الأخير من البنك ، وكان المستورد لا يزال مديناً للبنك بمبلغ خطاب الضمان ، فيستطيع البنك في هذه الحالة العودة على المورد عن طريق الدعوى غير المباشرة ، وذلك لمطالبة مدين مدينه بالدين المترتب في ذمته لمدين البنك ، إذا كان هذا الأخير مقصراً في تحصيل حقوقه بمعنى أن المورد مدين للمستورد والذي يكون في ذات الوقت مدين للبنك ، لذلك يستخدم حقه في إقامة الدعوى غير المباشرة ضد المورد. [٢]

ومن خلال ما تقدم في هذا المبحث الذي تبين فيه أن انقضاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ينتهي بالوفاء أو ما يقوم مقام الوفاء ، أو ينتهي بغير الوفاء كالإبراء ، وانتهاء الغرض منه قبل انتهاء مدته ، وانتهاء المدة بغير مطالبة ، وباستحالة التنفيذ والتقادم، وباختلاف السبب الذي تم فيه انقضاء خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا ، تختلف الآثار التي تترتب على انقضائه في حالة الوفاء ، أو بغير الوفاء .

---

[١] أبو عياد ، **وثيقة خطاب الضمان المصرفي** ، مرجع سابق ، ص ص ١٤٦,١٤٧.

[٢] أبو صد ، **أحكام خطاب الضمان المصرفي** ، مرجع سابق ، ص ١٤٩.

الخـــاتمة

وفي ختام هذه الدراسة التي تمت بعون الله وتوفيقه ، تبين لنا أن الضمان كان معروفاً في العصور القديمة عند السومريون والإغريقي والرومان إلى أن تطور وأصبح من الأدوات الائتمانية المهمة لدى البنوك في العصر الحالي حيث يلعب الضمان دور مهم في توفير عامل الثقة والسرعة في أنجاز عقود نقل التكنولوجيا.

ويعد خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا هو أحد عمليات المصرفية التي تم ابتداعها وجرى العرف بها من قبل البنوك ، لأن طبيعة عقود نقل التكنولوجيا تتطلب من البنوك القيام بدور ائتماني ولاشك أن خطاب الضمان يؤدي وظيفة بالغة الأهمية ، لذلك أهتم الفقهاء والباحثين في الشأن القانوني بمسألة خطاب الضمان من خلال تنظيم وتشريع القواعد القانونية التي تسهم في سبل أنجاح هذه الأداة للنهوض بالمستوى التجاري في المجتمع من خلال عقود نقل التكنولوجيا.

ومن خلال هذه الدراسة التي تناولناها تم الوصول إلى جملة من النتائج ، وثمة توصيات يمكن تقديمها وهي :-

أولا / النتـائـج:

١. يتمتع خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بأهمية كبيرة بالنسبة لما يقوم به في الحياة الاقتصادية بأنه يحل محل النقود ، وهو ما ينتج عنه فائدة كبيرة لأطرافه .

٢. وجود علاقة بين خطاب الضمان وعقود نقل التكنولوجيا ، والتي تتمثل بأن عقود نقل التكنولوجيا هي سبب لإصدار خطاب الضمان، حيث أن العلاقة بين المستورد والمورد ليست علاقة ناشئة عن خطاب الضمان بحد ذاته وإنما سابقة على إصداره، من هنا فـإن عقد نقل التكنولوجيا هو الذي ينشئ خطاب الضمان بروابط تبعية.

٣. يقوم خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بدور حيوي في مجال الاستثمارات العامة بالرغم من أن الاستثمار يعتبر ذو مصلحة فردية مباشرة للمستورد والمورد سواء كان فرداً أو مؤسسة أو شركة ، فإنه يصب في مصلحة اكبر وهي المصلحة العامة للمجتمع .

٤. لم ينظم المشرع الأردني مواد قانونية أو تعليمات تقنن خطاب الضمان بشكل عام ضمن قانون التجارة الأردني أو إفراده في تقنين بشكل خاص ، أو إصدار تعليمات مصرفية خاصة به ، على غرار التشريع العراقي والمصري والكويتي ، والعماني.

٥. تعتبر شخصية المورد في خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا ليست محل اعتبار لدى البنك بخلاف شخصية المستورد التي تعتبر دائماً محل اعتبار للبنك مصدر خطاب الضمان لعقود نقل التكنولوجيا.

٦. جميع النظريات التي أختلفت في التكييف القانوني لخطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا لا تقوم بتفسير كافة الجوانب القانونية لخطاب الضمان، وأن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا من العمليات المستحدثة التي تقوم بها البنوك ، فهي نوع خاص من العقود التجارية .

٧. لا تقتصر خطابات الضمان في عقود نقل التكنولوجيا على نوع واحد وليس هناك نوع محدد على سبيل الحصر، وإنما تختلف هذه الخطابات بحسب المعاملات التي تستلزم صدورها بحسب الغرض منها أو بحسب التغطية من عدمها أو بحسب الطبيعة القانونية التي تتم بها أو بحسب مكان صدورها أو حسب الجهة التي تقوم بإصدارها.

٨. ينتج عن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا بمجرد إبرامه بين المستورد والبنك وإخطار المورد به ، آثار قانونية تختلف باختلاف العلاقات التي تنشأ عن خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا وتولد العديد من الالتزامات المتبادلة .

٩. أن حق المورد في خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا لا يسقط إلا بالتقادم في الحالات التي يكون فيها إصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا غير محدد المدة ، بحيث لا يستطيع البنك إلغاء حق المورد إلا في حالة التقادم ، أي بعد مرور ١٥ سنة على تاريخ إصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا.

ثانيا / التوصيات:

١. التأكيد على أهمية عقد نقل التكنولوجيا عند إصدار خطاب الضمان بين المورد والمستورد لما لعقد نقل التكنولوجيا من دور مهم في أنشاء خطاب الضمان من خلال الروابط التبعية التي تربطه بعقد نقل التكنولوجيا.

٢. التأكيد على أهمية خطاب الضمان لما يقوم به من دور مهم للنهوض بالمستوى الاقتصادي والتجاري بحلوله محل النقود في عقود نقل التكنولوجيا التي تصب في مصلحة المجتمع بدور حيوي في مجالات التنمية والاستثمارات العامة.

٣. دعوة المشرع الأردني إلى أن يحذو حذو التشريعات العربية كالتشريع العراقي والمصري والكويتي والعماني في إصدار تشريع لخطاب الضمان ينظم العمليات المصرفية التجارية .

٤. مشاركة شخصية المستورد التي تعتبر دائماً محل اعتبار لدى البنك في تطوير طرق وأساليب خطاب الضمان حسبما يقتضي الزمان والمكان ليلاءم التطورات الاقتصادية والتجارية التي تطرأ على عقود نقل التكنولوجيا .

٥. دعوة الباحثين المعاصرين في الشأن القانوني إلى المزيد من الدارسة والبحث حول طبيعة خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا وذلك لحاجة النشاط الاقتصادي والتجاري إلى مثل هكذا ضمانات لتعزيز ثقة بين العاملين بها.

٦. نشر الوعي للجهات المختصة ، مثل البنوك وعملاء البنوك من رجال أعمال وشركات ومؤسسات تجارية على ضرورة خطاب الضمان وأهميته في عقود نقل التكنولوجيا.

٧. إصدار نص في التعليمات التي يصدرها البنك المركزي توضح فيها بأن موقف البنك في الحالات التي يكون فيها إصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا غير محدد المدة ، أو النص على ذلك في متن الخطاب.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً : المصادر

القرآن الكريم .

١. أبو القاسم الطبراني ، سليمان بن أحمد (ت٣٦٠ هـ / ٩١٨م) ، **المعجم الكبير** ، تحقيق : حمدي بن عبد المجيد، ط٢ ، ج٨ ، الموصل : مكتبة العلوم والحكم للنشر ، ١٩٨٣ .

٢. أبو منصور، محمد بن أحمد الأزهري (ت ٣٧٠هـ / ٩٨٠م)، **تهذيب اللغة** ، تحقيق: محمد عوض مرعب ،ج١٤، بيروت: دار إحياء التراث العربي ، ٢٠٠١ .

٣. ألبعلي، محمد بن أبي الفتح (ت ٧٠٩ هـ / ١٣٤٩م)، **المطلع** ، تحقيق: محمد بشير الادلبي، بيروت: المكتب الإسلامي للنشر، ١٩٨١ .

٤. الرازي ، محمد بن أبي بكر (ت ٦٠٠هـ/ ١٢٠٠م) ، **مختار الصحاح** ، القاهرة : دار الحديث للنشر، ١٩٩٥.

٥. الزبيدي ، محمد مرتضى بن محمد (ت١٢٠٥هـ/ ١٧٩١م)، **تاج العروس من جواهر القاموس** ،ط١، ج٣٥، بيروت ، لبنان: دار الكتب العلمية ، ٢٠٠٧ .

٦. الفيروز آبادي ، محمد بن يعقوب (ت٨١٧هـ/ ١٤١٤م) ، **القاموس المحيط** ، فصل الخاء، لبنان : دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، ١٩٩٥.

ثانياً :المراجع

١. إسماعيل ، مدحت محمد (١٩٨٩) ، **محاسبة البنوك التجارية وشركات التامين** ، الأردن : دار وائل للنشر والتوزيع .

٢. ألنمري ، احمد نبيل (١٩٨١) ، **مبادئ في العلوم المصرفية "دراسات تطبيقية وعملية"** ، ط١ ، عمان : معهد الدارسات المصرفية للنشر .

٣. بديعة على احمد (٢٠١١) ، **أحكام الأسهم والسندات وغيرها من المستجدات (دراسة فقهية مقارنة)** ، الإسكندرية : دار الفكر العربي .

٤. بكر ، إبراهيم (١٩٨٢) ، **الكفالات الشخصية و الكفالات المصرفية**، الأردن : معهد الدراسات المصرفية البنك المركزي الأردني .

٥. الجبر، محمد محسن (١٩٩٧) ، **العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية،** الرياض: مطابع جامعة الملك سعود للنشر .

٦. جعفر ، عبد الإله نعمة (٢٠٠٧) ، **النظم المحاسبية في البنوك وشركات التأمين** ، ط١، عمان : دار المناهج للنشر والتوزيع .

٧. جمال الدين ، صلاح الدين (١٩٩٦) ،**عقود الدولة لنقل التكنولوجيا** ، القاهرة :دار النهضة العربية .

٨. الحسني ، احمد حسن احمد (١٩٩٩) ، **خطابات الضمان المصرفية وتكييفها الفقهي** ، الإسكندرية : مؤسسة شباب الجامعة للنشر .

٩. حنون ، محمد حسن (٢٠٠٥) ، **الأعمال الخدمات المصرفية في المصارف التجارية والإسلامية** ، عمان ، الأردن .

١٠.درويش ، احمد عبد الله وفؤاد توفيق ياسين (١٩٩٦) ، **المحاسبة المصرفية** ، عمان : دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع .

١١.دويدار ،هاني محمد (١٩٩٤) ، **العقود التجارية والعمليات المصرفية** ، الإسكندرية : دار الجامعة الجديدة للنشر .

١٢.السالوس ، علي أحمد (١٩٨٦)، **الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة : دراسة في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون،** الكويت : مكتبة فلاح .

١٣.سوار ، محمد وحيد (١٩٧٨) ، **شرح القانون المدني** ، **النظرية العامة للالتزام** ، ج١، دمشق: جامعة دمشق .

١٤.السيد ، عادل إبراهيم (١٩٩٨) ، **مدى استقلال التزام البنك في خطاب الضمان والاعتماد المستندي** ، مصر: دار النهضة العربية .

١٥.السيد ، علي محمد عبد الحافظ (٢٠٠٨) ، **الكفالة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي** ، الإسكندرية : دار الفكر الجامعي .

١٦.السيسي ، صلاح الدين حسن (٢٠١١)، **الموسوعة المصرفية العلمية والعملية ،ج١،** ط١،القاهرة: مجموعة النيل العربية للنشر .

١٧.شافعي ، محمد زكي (١٩٦٩) ، **مقدمة في النقود والبنوك** ، القاهرة : دار النهضة العربية .

١٨.الشاهد ، سمير محمد (٢٠٠٠)، **المحاسبة عن العمليات المصرفية الحديثة**، بيروت: اتحاد المصارف العربية للنشر .

١٩.الشبير ، محمد عثمان (٢٠٠٧) ، **المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي** ، ط٦ ، الأردن : دار النفائس للنشر والتوزيع .

٢٠.الشرع ، مجيد جاسم (١٩٩٨) ، المحاسبة في المنظمات المالية "المصارف وشركات التامين" ، ط١ ، عمان: دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع .

٢١.شفيق ، محسن (١٩٨٤) ، **نقل التكنولوجيا من الناحية القانونية** ، القاهرة : مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي .

٢٢.الشواربي ، عبد الحميد (١٩٩٢) ، **العقود التجارية** ، الإسكندرية : منشأة معارف .

٢٣.صلاح الدين ، جمال الدين (٢٠٠٥) ، **عقود نقل التكنولوجيا، دراسة في إطار القانون الدولي الخاص والقانون التجاري الدولي** ، الإسكندرية : دار الفكر الجامعي للنشر .

٢٤. الصمادي ، عيسى لافي حسن (٢٠٠٥) ، **عقد نقل التكنولوجيا الالكتروني عبر الانترنت** ، ط١، عمان : دار الثقافة للنشر والتوزيع .

٢٥.الضرير، الصديق محمد الأمين (٢٠١١)، **خطابات الضمان في الشريعة الإسلامية** ، ط١ ، السعودية : المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب .

٢٦.طه ، غني حسون (١٩٧١) ، **الوجيز في نظرية العامة للالتزام** ، ج١ ، بغداد: مطبعة المعارف .

٢٧.العامري ، رشاد نعمان شايع (٢٠١٣) ، **الخدمات المصرفية الائتمانية في البنوك الإسلامية** ، الإسكندرية : دار الفكر الجامعي .

٢٨.عبد الرحيم ، جمال عبد الخضر (١٩٩٩) ، **خطابات الضمان والاعتمادات الضامنة الكفالات في التشريعات والقواعد الدولية واتفاقية الأمم المتحدة** ، بيروت : اتحاد المصارف العربية .

٢٩.عبد العظيم ،حمدي (١٩٩٦)، **خطاب الضمان في البنوك الإسلامية** ، القاهرة : المعهد العالمي للفكر الاسلامي .

٣٠.عبد الله ، خالد أمين (٢٠١٤) ، **العمليات المصرفية** ، ط٧ ، عمان : دار وائل للنشر .

٣١.العكيلي ، عزيز (٢٠٠٧) ، **شرح القانون التجاري ، الأوراق التجارية وعمليات البنوك**

، ج٢ ، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع .

٣٢.علم الدين ، محي الدين إسماعيل (١٩٨٧) ، **موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية** ، ج١، القاهرة : شركة مطابع الطناني .

٣٣.علم الدين ، محيي للدين إسماعيل(١٩٦٧)، **خطاب الضمان والأساس القانوني لالتزام البنك** ، القاهرة : عالم الكتب .

٣٤.عمر ، سلمان رمضان محمد (٢٠٠٩) ، **النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية** ، الإسكندرية : دار الفكر الجامعي .

٣٥.عوض ، علي جمال الدين (١٩٩١) ، **خطابات الضمان المصرفية** ، القاهرة : دار النهضة العربية.

٣٦.عوض ، علي جمال الدين (٢٠٠٠) ، **خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية** ، ط٢، القاهرة : دار النهضة العربية .

٣٧.القليوبي ، سميحة مصطفى (١٩٧٣) ، **النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف بالنسبة إلى الغير**، القاهرة : الشركة المصرية للطباعة والنشر .

٣٨.القليوبي ، سميحة مصطفى (١٩٨٦) ، **القانون التجاري – عمليات البنوك – الأوراق التجارية** ، القاهرة : دار النهضة العربية .

٣٩.الكيلاني ، محمود (١٩٩٢) ، **عمليات البنوك – الكفالات المصرفية وخطابات الضمان** ، ج١ ، الأردن : دار الجيب للنشر والتوزيع .

٤٠.الكيلاني، محمود (١٩٨٨)، **عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا**، بغداد .

٤١.محمدين ، جلال وفاء (٢٠٠٤) ، **الإطار القانوني لنقل التكنولوجيا في ظل الجهود الدولية وأحكام نقل التكنولوجيا في قانون التجارة الجديد** ، الإسكندرية : دار الجامعة الجديدة .

٤٢.محمود ، سامي حسن (١٩٨٢) ، **تطور الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية** ، ط٢،عمان : مطبعة الشروق.

٤٣.المقدادي ، عادل علي (٢٠٠٦) ، **عمليات البنوك وفقاً لقانون التجارة العماني (٥٥ لسنة ١٩٩٠)** ، الإسكندرية : المكتب الجامعي الحديث .

٤٤.المنجي ، أبراهيم (٢٠٠٠) ، **عقد نقل التكنولوجيا** ، ط١ ، الاسكندرية : توزيع منشاة

المعارف .

٤٥.موسى ، طالب حسن (٢٠١١) ، **الأوراق التجارية والعمليات المصرفية** ، ط١ ، عمان ، الأردن: دار الثقافة للنشر والتوزيع .

٤٦.النجار ، محمد وآخرون (٢٠٠٤) ، **المعجم الوسيط** ، تحقيق : مجمع اللغة العربية ، ط٤، مصر : مكتبة الشروق الدولية .

٤٧.الهمشري ، وليد العودة (٢٠٠٩) ، **عقود نقل التكنولوجيا الالتزامات المتبادلة والشروط التقييدية** ، ط١ ، عمان : دار الثقافة .

٤٨.الوادي ، كامل (١٩٩١) ، **الاعمال المصرفية والقوانين المنظمة لها** ، ج١ ، الإمارات العربية المتحدة : دار المتنبي للطباعة والنشر .

ثالثاً : الرسائل الجامعية

١. أبو جماعة ، سوزان علي محمد (٢٠٠٥) ، **استقلال التزام البنك في خطاب الضمان : دراسة مقارنة** ، رسالة ماجستير غير منشورة ، كلية القانون ، ، جامعة آل البيت ، المفرق ، الأردن .

٢. أبو صد ، عماد أحمد عيسى (١٩٩٥) ، **أحكام خطابات الضمان المصرفية** ، رسالة ماجستير غير منشورة ، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية ، عمان ، الأردن.

٣. أبو صفية ، باسم محمد (٢٠٠٣) ، **الغش كاستثناء على مبدأ استقلال خطاب الضمان** ، رسالة ماجستير غير منشورة ، كلية القانون جامعة عمان العربية، عمان ، الاردن .

٤. أبو عياد ، شذى وليد (٢٠١٠) ، **وثيقة خطاب الضمان المصرفي** ، رسالة ماجستير غير منشورة ، كلية القانون ، جامعة اليرموك ، اربد ، الاردن.

٥. ألبنا ، هيثم عبد الرحمن يعقوب (٢٠٠٠) ، **الطبيعة القانونية لالتزام البنك مصدر خطاب التعهد** ، رسالة ماجستير غير منشورة ، كلية الدراسات الفقهية والقانونية ، جامعة آل البيت ، المفرق ، الأردن .

٦. طلافحة ، محمد عبد الله علي (٢٠٠٠) ، **الكفالات المصرفية في الفقه الإسلامي والقانون الأردني: دراسة فقهية مقارنة**، رسالة ماجستير غير منشورة ،كلية الدراسات الفقهية والقانونية ، جامعة آل البيت ، المفرق ، الأردن .

٧. عبدالرزاق، مهند حمد أحمد (٢٠٠٨) ، **عقود نقل التكنولوجيا والمشكلات الناجمة عنها** ، رسالة ماجستير غير منشورة ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، الموصل ، العراق .

٨. عبدالله ، إيهاب محمد نور (٢٠٠٩) ، **خطاب الضمان المصرفي في ضوء الشريعة الاسلامية والقانون والقواعد الدولية** ، رسالة ماجستير غير منشورة ، كلية القانون ، جامعة جوبا ، السوادان.

٩. العص ، جمال (٢٠٠٧) ، **إشكالية نقل التكنولوجيا وتوطينها في الوطن العربي**، رسالة دكتوراه غير منشورة ، كلية الاقتصاد، جامعة تشرين، اللاذقية، سوريا .

١٠. القرم ، سليمان احمد محمد (٢٠٠٤) ، **خطاب الضمان في المصارف الاسلامية** ، رسالة ماجستير غير منشورة ، كلية الدراسات العليا الفقه والتشريع ، جامعة النجاح الوطنية ، نابس ، فلسطين .

رابعاً : الدوريات والمجلات

١. أبو زيد ، بكر (١٩٨٦)، خطاب الضمان ، **مجلة مجمع لفقه الإسلامي** ، ٢(٢) ، ١٠٣٧ - ١٠٤٥، جدة : منظمة المؤتمر الإسلامي.

٢. الأمين ، حسن عبد الله (١٩٨٦)، دراسة حول خطاب الضمان ، **مجلة مجمع لفقه الإسلامي** ، ٢(٢) ، ١٠٤٧- ١٠٥٤، جدة : منظمة المؤتمر الإسلامي .

٣. الخفاجي ، محمد جعفر وميثاق طالب عبد الحمادي (٢٠١٤) ، الالتزام بالسرية في مفاوضات عقود نقل التكنولوجيا (دراسة مقارنة) ، **مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية** ، ٦(٢) ، ٣٦٣ – ٤١٤ ، العراق: جامعة بابل .

٤. السالوس ، علي احمد (١٩٨٦)، خطاب الضمان ، **مجلة مجمع لفقه الإسلامي** ، ٢(٢) ، ١٠٥٥- ١٠٩٥، جدة : منظمة المؤتمر الإسلامي .

٥. السبعاوي ، ياسر باسم ذنون وصون كل عزيز عبد الكريم (٢٠٠٦)، الطبيعة القانونية لعقد نقل التكنولوجيا، **مجلة الرافدين للحقوق** ، المجلد ٨، العدد ٢٩، (٥٣-٩٦) ، العراق: جامعة الموصل .

٦. الشبلاق ، نبيل اسماعيل (٢٠١٣) ، الطبيعة القانونية لمسؤولية الاطراف في مرحلة ما قبل العقد (دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا) ، **مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية** ، ٢٩(٢)، ٢٩٩ – ٣٣٦ ، سوريا : جامعة دمشق .

٧. صالح ، فواز (٢٠١٢) ، الإرادة المنفردة بوصفها مصدرا للالتزام (دراسة مقارنة) ، **مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية** ، ٢٨(١) ، ص ص ١٣٣-١٦٣، سوريا : جامعة دمشق .

٨. الصوا ، علي محمد (١٩٩٦) ، خطابات الضمان كما تجريها البنوك الإسلامية وأحكامها الشرعية ، **مجلة دراسات لعلوم الشريعة والقانون** ، ٢٣(١) ، ١٤٩ – ١٦٤، الاردن : الجامعة الأردنية .

٩. عارف ، ربحي أحمد (٢٠١١) ، خطابات الضمان في مقاولة الإنشاءات (الفيديك) ، **مجلة كلية التربية الأساسية** ، العدد ١٦(٦٧) ، ١٧- ٥٦ ، العراق : الجامعة المستنصرية .

١٠. العموري، ضمير حسين (٢٠٠٨) ،الالتزام التضامني ، **مجلة جامعة بابل** ،١(١٥) ، ١٢٠ – ١٣٢، العراق: جامعة بابل .

١١. الكيلاني ، محمود (٢٠٠٢) ، انواع خطابات الضمان المصرفية ، **مجلة البنوك في الاردن** ، ٢١(٥) ، ٥٢ – ٥٦ ، الاردن : جمعية البنوك في الاردن .

١٢. الكيلاني ، محمود (٢٠٠٢) ، آثار خطابات الضمان المصرفية ، **مجلة البنوك في الاردن** ،٢١ (٨) ، ٤٩ – ٥٤ ، الاردن :جمعية البنوك في الاردن .

١٣. الكيلاني ، محمود (٢٠٠٢) ، خطابات الضمان ، **مجلة البنوك في الأردن** ، ٢(٢١) ، ٧٠ -٧٣، الأردن : جمعية البنوك في الأردن .

١٤. محمد ، سعد عبد (٢٠١٤) ، مشروعية خطابات الضمان في المصارف الاسلامية حالة تطبيقية في العراق ، **مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة** ، العدد (الخاص بالمؤتمر العلمي الخامس) ، ٢٨٥- ٣٠٦، العراق ، بغداد ، كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة.

١٥. هلسة ، عماد أديب (٢٠٠٠) ، العلاقة بين البنك والمستفيد في خطاب الضمان المصرفي ، **مجلة نقابة المحامين** ، ٤٨ (٥/٤) ، ١٤٦٥-١٤٨٤، الأردن : نقابة المحامين .

خامساً : القوانين

١. الجمهورية العراقية ، **الدستور الحالي لسنة ٢٠٠٥**، الوقائع العراقية ، العدد (٤٠١٢) بتاريخ ، ٢٨ / ١٢ /٢٠٠٥ ، ص(١) .

٢. الجمهورية العراقية ، **القانون المدني، رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١**، الوقائع العراقية، العدد (٣٠١٥) ، بتاريخ ٨ /٩/ ١٩٥١ ، ص (٢٤٣) .

٣. الجمهورية العراقية ، **قانون الاستثمار، رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦** ، الوقائع العراقية ، العدد (٤٠٣١) ،بتاريخ ٢٠٠٧/١/١٧ ، ص(٣).

٤. الجمهورية العراقية ، **قانون التجارة ، رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤** ، الوقائع العراقية، العدد (٢٩٧٨) ، بتاريخ ١٩٨٤/٤/٢ ، ص(٢٣٠) .

٥. الجمهورية العراقية ، **قانون الكمارك ، رقم (٣٢) لسنة ١٩٨٤** ، الوقائع العراقية ، العدد (٢٩٨٥) ، بتاريخ ١٩٨٤/٣/١٩ ، ص (١٧٤).

٦. جمهورية مصرية العربية ، **قانون التجارة ، رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩** ، الجريدة الرسمية ، العدد (١٩) مكرر الصادر بتاريخ ١٧ /٥ / ١٩٩٩.

٧. سلطنة عمان ، **قانون التجارة ، رقم (٥٥) لسنة ١٩٩٠**، الجريدة الرسمية ، العدد (٤٣٥) ، بتاريخ ١٥ / ٧ / ١٩٩٠.

٨. المملكة الأردنية الهاشمية ، **القانون المدني ، رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦**، الجريدة الرسمية ، العدد (٢٦٤٥) ، بتاريخ ١٩٧٦/٨/١، ص (٢).

٩. المملكة الأردنية الهاشمية ، **قانون البنوك ، رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٠** ، الجريدة الرسمية ، العدد(٤٤٤٨) بتاريخ ١/ ٢٠٠٠/٨ ، ص (٢٩٥٠) .

١٠. المملكة الأردنية الهاشمية ، **قانون التجارة ، رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦**، الجريدة الرسمية ، العدد(١٩١٠) بتاريخ ٣/ ٣/ ١٩٦٦، ص (٤٧٢) .

١١. دولة الكويت ، **قانون التجارة، رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠** ، الجريدة الرسمية ، العدد (١٣٣٨) ، بتاريخ ١٩ / ١/ ١٩٨٠ ، ص(١- ٥٨).

سادساً : القرارات القضائية

١. تمييز حقوق ، رقم (٢٠٧٧ / ١٩٩٨) ، **المجلة القضائية** ، ١٩٩٩، الاردن : المعهد القضائي الأردني ، ص ١٩٩/٤.

٢. تمييز حقوق ، رقم (٢٤٦٢ / ١٩٩٩) ، **المجلة القضائية** ، ٢٠٠٠ ،الاردن : المعهد القضائي الأردني ، ص ٤/٢٤٦.

٣. قرار محكمة تمييز الاتحادية ، رقم (٢٠٠٨/١١٨٦) ، **المجلة التشريع والقضاء** ، ٢٨/ ١٢/ ٢٠٠٨،العراق : عن طريق الموقع الالكتروني http://www.tqmag.net/body.asp?field=news_arabic&id=327&page_namper=p5 ، تاريخ الدخول ، ١٥ / ٢/ ٢٠١٥ .

سابعاً : المواقع الالكترونية

١. الموقع الالكتروني http://eastlaws.blogspot.com/2011/02/blog-post_19.html ، تاريخ الدخول ، ١٤ / ٤/ ٢٠١٥.

٢. الموقع الالكتروني www.aqabazone.com/wp-content/uploads/2014/.../33-2014.doc ، تاريخ الدخول، ١٤ / ٤/ ٢٠١٥.

المــلاحق

ملحق رقم (١)

عقد إصدار خطاب الضمان في عقود نقل التكنولوجيا [١]

الطرف الاول : ....

الطرف الثاني : ....

المورد .... مبلغ الخطاب (....) ديناراً .... الغرض من الخطاب ....مدة نفاذ الخطاب (شهراً سنة / ..... تبدأ من / / ٢٠ وتنتهي ، في / / ٢٠) ، تم الاتفاق بين الطرفين على ان يقوم البنك بناء على طلب المستورد بإصدار خطاب الضمان لصالح المورد لضمان قيام البنك بالغرض المبين أعلاه ، وفقاً لشروط الاتية :-

١.يتعهد البنك بأن يدفع الى المورد المبلغ المذكور أعلاه أو أي جزء منه دون قيد أو شرط إذا طالب المورد البنك بدفعه خلال مدة نفاذ الخطاب .

٢.يجري على مبلغ الخطاب بنسبة ...% شهرياً عن إصداره ، كما تجري عليه العمولة .

٣.يلتزم المستوردبأن يدفع للبنك عند أول مطالبة منه أي مبلغ يطلب البنك دفعه كتأمينات لحساب خطاب البنك .

٤. يلتزم المستوردبأن يدفع للبنك عند أول مطالبة منه أي مبلغ يدفعه للمورد بموجب هذا الخطاب أضافة الى العمولة المترتبة عليه والمصروفات الأخرى .

٥.للبنك الحق في تسديد أو تحصيل أو إجراء المقاصة بأختياره لرصد الدين الذي يكون المستورد مديناً به على مبلغ الخطاب المدفوع للعمولات وكذلك المصروفات الاخرى .

٦.إذا تعدد المستوردون يكونون متكافلين تجاه البنك في القيام بكافة الالتزامات الواردة في هذا العقد وللبنك الحق في مطالبة كل واحد منهم بتنفيذ شروط العقد .

٧.يخول البنك تجديد أو تمديد مدة خطاب الضمان لأية مدة يطلبها المورد مرة بعد أخرى وذلك دون أستحصال موافقتنا على أن تبقى جميع الشروط الواردة بتعهدنا هذا نافذة المفعول لحيت إلغائه ، وان تعهدنا هذا غير محدد بأجل رغم ذكر مدة محددة في خطاب الضمان .

لقد أختار المستورد ....مواطناً لغرض تنفيذ هذا العقد ولدفع جميع الديون التي يكون مديناً بها للبنك ، ما لم يشعر المستورد البنك تحريرياً باختياره موطناً أخراً بعد ذلك .

كتب في .... بتاريخ / / ٢٠.

الطرف الثاني	**الطرف الأول**
(..........)	**(........)**

---

[١] محمد ، **مشروعية خطابات الضمان في المصارف الاسلامية حالة تطبيقية في العراق** ، مرجع سابق ، ص٣٠٥.

ملحق رقم (٢)

خطاب ضمان أبتدائي (ضمان حسن النية والاداء) [١]

التاريخ :   /   / ٢٠

السيد : ....

نتعهد أن نضمن ....

بمبلغ: ....

قيمة............... في المائة من العطاء المقدم منه عن توريد .... أعمال .... على أن ندفع المبلغ .... ونتعهد بدفع هذا المبلغ لكم لدى أول طلب وبدون النظر إلى أية معارضة من قبل ....

ويسرى مفعول هذا خطاب الضمان لمدة تنتهي في   /   / ٢٠ وعليه فأية مطالبة بقيمة هذا الضمان يجب أن تصلنا لغاية هذا التريخ على الاكثر ، واذا أنقضى هذا التاريخ ولم تصلنا منكم أية مطالبة فإن تعهدنا ينتهي ، ويصبح هذا الخطاب لاغياً بصفة نهائية .

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام.

عن البنك............

---

(١) الضرير، الصديق محمد الأمين (٢٠١١)، **خطابات الضمان في الشريعة الإسلامية** ، ط١ ، السعودية : المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ص ٧.

ملحق رقم : (٣)

نموذج خطاب ضمان نـهائي (كفالة حسن التنفيذ) [١]

Performance Guarantee

إلى السادة: .... يسرنا

إعلامكم بأن مصرفنا: .... قد كفل بكفالة مالية، المستورد: ....

بخصـوص العطـاء رقـم (/   )المتعلـق بمشـروع: ....

بمبلغ: (........................) دينار أردني............................. وذلك لضمان تنفيذ العطاء المحال عليه حسب الشروط الواردة في وثائق عقد نقل التكنولوجيا، وأننا نتعهد بأن ندفع لكم – بمجرد ورود أول طلب خطي منكم المبلغ المذكور أو أي جزء تطلبونه منه بدون أي تحفظ أو شرط – مع ذكر الأسباب الداعية لهذا الطلب بأن المستورد قد رفض أو أخفق في تنفيذ أي من التزاماته بموجب العقد – وذلك بصرف النظر عن أي اعتراض أو مقاضاة من جانب المستورد على إجراء الدفع وتبقى هذه الكفالة سارية المفعول من تاريخ إصدارها ولحين تسلم الأشغال المنجزة بموجب العقد المحدد مبدئيا بتاريخ .... شهر .... من عام .... ما لم يتم تمديدها أو تجديدها بناء على طلب صاحب العمل.

توقيع الكفيل / مصرف: ....

المفوض بالتوقيع: ....

التاريخ: ....

---

[١] عن طريق الموقع الالكتروني www.aqabazone.com/wp-content/uploads/2014/.../33-2014.doc، تاريخ الدخول ، ١٤ / ٤/ ٢٠١٥ ، ص ١٢.

ملحق رقم : (٤)

نموذج عام لخطاب ضمان بنكى [١]

بنك : .... تحريرا فى: ....

فرع : .... خطاب ضمان رقم ....

إلى : ....

بعد التحية :

بناء على طلب السيد / ....

نتعهد بموجب هذا بأن نضع تحت تصرفكم مبلغ ....

بشأن ....

ونقبل سداد هذا المبلغ إليكم عند أول مطالبة بغض النظر عن أية معارضة قد يبديها المذكور أعلاه.

ويسرى المفعول هذا الضمان لغاية .... ، وبانقضاء هذا التاريخ وعدم صدورإخطار بأية مطالبة بمقتضى هذا الضمان إلى البنك واستلام البنك لهذا الإخطار فى هذا التاريخ أو قبله ، يصبح هذا الضمان لاغيا وباطلا.

" توقيع أول" .... " توقيع ثان" ....

---

[١] عن طريق الموقع الالكتروني http://eastlaws.blogspot.com/2011/02/blog-post_19.html ، تاريخ الدخول ، ١٤ / ٤/ ٢٠١٥.

Letter of Guarantee in the Contracts of Transferring Technology

(A Comparative study)

by
Khairi Ali Husain Al-jabouri

Supervised by
Dr. Omar Falah Alateen

Abstract

Banks play an important role to grant confidence to the importer in the contracts of transferring technology through letters of guarantee which is one of the main banking operations that is organized by the legal provisions of the rules of banking and customs. It is considered as a necessary treatment in the field of trade, both of the local level or at the international level.

This study aims to simplify the concept of the letter of guarantee in technology transfer contracts. The contract is a pledge from the bank at the request of the importer, in favor of the supplier to pay a certain amount in a specific period of time without opposition of the importer. The trade legislations and custom banking give the letter of guarantee in technology transfer contracts characteristics that make it a new type of guarantee which is different from the other contracts. this made the nature of the letter of guarantee in technology is different from other contracts. letters of guarantee in technology transfer contracts varied according to the multiple purposes and varied depending on the purpose for which it is issued, so that, it resulted many of the legal implications, finally, we found the finishing the letter of guarantee and its effects in technology transfer contracts and the lack of legal provisions which focused on the letter of guarantee and failure to regulate the Jordanian legislator for it. So you must call to follow the example of the Arab legislations under study to produce legislation in the letter of guarantee within the Jordanian commercial law.